

JOSÉ CRISTÓBAL AGUIRRE LOBATO

**MEDIDAS DE CONSERVAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
CONDICIONADOS**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Nestor Duarte

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2023**

JOSÉ CRISTÓBAL AGUIRRE LOBATO

**MEDIDAS DE CONSERVAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
CONDICIONADOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Dr. Nestor Duarte.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2023**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Lobato, José Cristóbal Aguirre
Medidas de conservação nos negócios jurídicos condicionados / José Cristóbal Aguirre
Lobato. - Versão original. -- São Paulo, 2023.
391 p.

Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2023.

Orientador: Nestor Duarte.

1. Direito Civil. 2. Negócios Jurídicos Condicionados. 3. Fato Jurídico. 4. Condição. I.
Duarte, Nestor, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: José Cristóbal Aguirre Lobato

Título: Medidas de conservação nos negócios jurídicos condicionados

Natureza: Tese de Doutorado

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Orientador: Professor Titular Dr. Nestor Duarte

Área de Concentração: Direito Civil

Data: _____

Banca examinadora:

Prof(a). Dr(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos que se foram: os meus, os seus, os nossos.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, minha gratidão a Jesus Cristo, meu único e suficiente salvador. Depois, a minha mãe Maria Cecília (*in memoriam*), pelo exemplo, pelo legado. A minha esposa Inês, cuja garra e coragem me incentivam, me desafiam, para lutar por nossa família. Aos nossos amados Miguel e Murilo, nascidos em plena pandemia e que, hoje, firmam seus passos alegres na vida.

Agradeço ao Professor Titular Nestor Duarte pela orientação e, especialmente, pelo exemplo de homem e intelectual. Nunca recebi dele nada que não fosse incentivo, nunca ouvi dele nada que não fosse uma boa palavra. Também agradeço à Professora Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, com quem iniciei meu percurso acadêmico, por tudo que me proporcionou.

Aos professores Marco Fábio Morsello e Cláudio Luiz Bueno de Godoy, agradeço a atenção e as orientações na etapa de qualificação, para mim tão sofrida, diante de vicissitudes pessoais.

Aos amigos André Reatto Chede e Marcelo Gomide, agradeço pelo companheirismo no escritório, pelas conversas e aprendizados. Aos amigos Gustavo Martin Teixeira Pinto, Paulo Eduardo Campanella Eugênio, Luis Fernando Pereira Franchini, Márcio Asbahr Miglioli e Luiz César Sanson, interlocutores frequentes, agradeço por compartilharem comigo suas impressões a respeito da vida e da advocacia militante.

A Rodrigo Amaral Paula de Meo, mais um amigo dileto que a pós-graduação me deu, agradeço a paciência na leitura do presente trabalho. Rodrigo foi um incentivador de primeira hora, não me permitindo desanimar.

A Maria Helena Martins, amiga de tantos anos, testemunha de meus acertos e erros, de minhas cabeçadas e a minha tia Eulália Maria Câmara Lobato, pela torcida, bem como a Beatriz Fernandes e Leonardo Klemm, cada um a seu modo, ouvindo atenta e generosamente minhas angústias. Ainda mais, agradeço a Doris Claudete Alexandre, Jeison Meneghetti, Luiz Eduardo Bimbatti, Lucas Garcia.

Agradeço, finalmente, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pela rica experiência vivida em seus corredores, em suas bibliotecas. Essas memórias me são muito caras.

LOBATO, José Cristóbal Aguirre. *Medidas de conservação nos negócios jurídicos condicionados*. 2023. 391f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

RESUMO

A tese visou analisar o sentido e alcance do artigo 130 do Código Civil. Essa tarefa, no entanto, foi precedida por estudo da estrutura e função da condição dentro do quadro do negócio jurídico, provocando o debate sobre sua utilização, inclusive atípica. Analisou-se dogmaticamente o elemento condição na teoria geral do negócio jurídico, sob uma perspectiva crítica para, depois, estudar a fase de pendência e as obrigações dela decorrentes para os figurantes e as possibilidades em tema de atos conservativos, nessa etapa tão característica do negócio condicionado, oferecendo novos enfoques para o assunto. Isso se fez de modo propositivo, aproveitando ainda para ponderar sobre as implicações da cláusula geral de boa-fé nessa matéria. Por fim, apresenta rol de considerações de caráter operativo, tentando estabelecer a conexão entre os atos conservativos a que alude a lei civil, com as devidas repercussões processuais.

Palavras-chave: Direito Civil; Negócios Jurídicos Condicionados; Fato Jurídico; Condição.

LOBATO, José Cristóbal Aguirre. *Conservation measures in conditional legal transactions*. 2023. 391p. Thesis (PhD), Faculty of Law, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

ABSTRACT

The thesis aimed to analyze the meaning and scope of article 130 of the Civil Code. This task, however, was preceded by a study of the structure and function of the condition within the framework of the legal business, bringing up the debate on its use, including atypical use. It was carried out a dogmatic analysis of the condition element in the general theory of the legal business, from a critical perspective, in order to study the pendency phase and the obligations it entails for the parties and the possibilities in terms of conservative acts at this stage, which is so characteristic of the conditioned transaction, offering new approaches to the subject. This was done purposefully, taking the opportunity to consider the implications of the general clause of good faith in this matter. The final considerations were presented in an operative view, trying to establish the connection between the conservative acts referred to in civil law, with the appropriate procedural repercussions.

Keywords: Private Law; Conditional Legal Transactions; Legal Fact; Condition.

LOBATO, José Cristóbal Aguirre. *Mesures de conservation dans les transactions juridiques conditionnelles*. 2023. 391p. Thèse (Doctorat). Faculté de droit, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

RÉSUMÉ

La thèse visait à analyser le sens et la portée de l'article 130 du Code civil. Cette tâche est toutefois précédée d'une étude de la structure et de la fonction de la condition dans le cadre des actes juridiques, en soulevant le débat sur son utilisation, y compris atypique. Une analyse dogmatique de l'élément condition dans la théorie générale des actes juridiques a été effectuée, dans une perspective critique, afin d'étudier ensuite la phase d'attente et les obligations qu'elle implique pour les parties et les possibilités en termes d'actes conservateurs à ce stade si caractéristique de l'opération conditionnée, en offrant de nouvelles approches en la matière. Cela a été fait de manière propositionnelle, en profitant de l'occasion pour examiner les implications de la clause générale de bonne foi en la matière. Enfin, des considérations d'ordre opérationnel ont été présentées, essayant d'établir le lien entre les actes conservateurs mentionnés en droit civil avec les répercussions procédurales appropriées.

Mots clés: Droit civil; Actes juridiques conditionnelles; Fait juridique; Condition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE: A CONDIÇÃO – BASES TEÓRICAS	17
CAPÍTULO I. NEGÓCIO JURÍDICO E EXPECTATIVA: APROXIMAÇÕES NECESSÁRIAS	17
1 Estrutura do negócio jurídico.....	17
2 Elementos acidentais na estrutura negocial	29
3 A finalidade do negócio jurídico no percurso interpretativo	47
4 Direito eventual, expectativa de direito, direito expectativo, direito expectado.....	56
5 Direito subjetivo, pretensão e direito formativo	67
CAPÍTULO II. CONDIÇÃO: PERFIL HISTÓRICO-DOGMÁTICO	79
1. Estrutura e distinções da condição	79
1.1 Estrutura.....	89
1.2 Distinções.....	97
2 Negócios incondicionáveis	105
3 Espécies de condição	110
4 Condição nos direitos Romano e Medieval	126
5 Condição no Direito Luso-Brasileiro.....	131
6 Condição no Código Civil de 1916 e no Código Civil atual	133
7 A recepção da condição precedente no Direito Brasileiro.....	135
SEGUNDA PARTE: A CONDIÇÃO – FASE DE PENDÊNCIA	139
CAPÍTULO III. FACTICIDADE JURÍDICA DA CONDIÇÃO	139
1 Os efeitos preliminares dos fatos jurídicos	139
2 O fato condicionante e o efeito condicionado.....	144
3 A pendência da condição: expectativa e posições limítrofes.....	148
3.1 Pendência e preliminaridade.....	154
3.2 Pendência da condição suspensiva	159
3.2.1 Patrimonialidade	168
3.2.2 Deveres na fase de pendência	171
3.2.3 Mecanismos de tutela.....	205

3.2.4 A posição do credor expectante e seus limites: distinção entre atos conservativos e dispositivos.....	208
3.2.5 O caso específico da venda a contento e da venda sujeita à prova	215
3.3 Pendência da condição resolutiva	221
3.3.1 Patrimonialidade	222
3.3.2 Deveres na fase de pendência	227
3.3.3 Mecanismos de tutela	230
3.3.4 O artigo 128 do Código Civil e sua exegese.....	232
3.3.5 O caso específico da retrovenda	235
3.4 Pendência do termo: distinção	239
4 Efeitos externos da obrigação condicional	249
5 Pretensão na pendência da condição.....	252
CAPÍTULO IV. A FASE DE PENDÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	259
1 No direito continental	260
2 No Direito Anglo-Saxão	269
3 No âmbito do UNIDROIT - <i>Institut international pour la unification du droit privé</i> ..	278
TERCEIRA PARTE: A CONDIÇÃO – DIMENSÃO OPERATIVA	285
CAPÍTULO V. O LUGAR DA CONDIÇÃO NA ATUAL PRÁTICA	
CONTRATUAL	285
1 A essencialização da condição-cláusula e seu efeito prático	285
2 Condição e sua utilização atípica: o problema da exterioridade condicional	291
3 Condição de adimplemento	298
4 Impacto da condição na base objetiva do negócio jurídico	308
5 Interpretação da condição-cláusula e a partir da condição-cláusula.....	312
6 A condição e suas funções	318
7 A fase de pendência sob uma perspectiva colaborativa.....	322
CAPÍTULO VI. RETROSPECTO E APLICABILIDADE DAS MEDIDAS	
CONSERVATIVAS.....	327
1 O que significa conservar um direito?	327
2 Panorama geral das medidas de conservação de direitos no Direito Brasileiro	330
3 O sentido e o alcance do artigo 130 do Código Civil brasileiro	333
4 Medidas de conservação de direito material.....	336

5 Medidas de conservação de direito processual	345
6 A legitimação processual do credor condicional	349
7 A ficção do implemento da condição – <i>finzione di avveramento</i> – como tutela de direitos.....	354
CONCLUSÕES	361
REFERÊNCIAS	367

INTRODUÇÃO

A condição, como deflagradora de um efeito, é antes um imperativo causal e uma operação lógica mais do que propriamente jurídica. No campo de estudo da lógica formal, toda conexão causal pressupõe uma ou várias condições para seu encadeamento. Assim, condicionar é, antes de tudo, uma tentativa de controlar determinada cadeia causal, um fluxo de efeitos consequentes da causa suficiente que precede à sua existência¹.

Mas, para além disso, a condição é também uma manifestação da autonomia privada, alargando seu alcance para racionalizar uma expectativa e contingenciar riscos. Por racionalização da expectativa, entende-se sua inserção dentro do contexto do negócio jurídico, tornando relevante aquilo que, de regra, não o é – o motivo, pela condição, estrutura-se dentro do negócio, adquirindo relevância jurídica. Por contingenciamento de riscos, entenda-se o controle e limitação do risco aceitável na hipótese da ocorrência de determinado fato futuro e incerto, que pode ser negativo ou positivo. A ocorrência de tal fato pode gerar eficácia ou, ao contrário, suprimi-la, como nos casos da condição suspensiva (suspendendo a eficácia até a eclosão do fato condicionante) e da condição resolutiva (permitindo a eficácia até a eclosão do fato condicionante).

A figura é cada vez mais corrente porque as exigências de previsibilidade e de calculabilidade empresarial e jurídica vêm se acentuando. Como também, de maneira geral, a obsessão com os riscos e sua evitabilidade ganha destaque na sociedade e, em particular, na atividade empresarial porque repercute na lucratividade e porque vários negócios jurídicos, atualmente, propendem para a atipicidade e saem do esquema binário tradicional espelhado nas fórmulas latinas *do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias* (dou para que dê, dou para que faça, faço para que dê, faço para que faça). Tomando um exemplo corriqueiro, os contratos de locação de bens móveis são agregados com prestação de serviços, já prevendo manutenção e capacitação de prepostos para o manuseio do bem, geralmente um equipamento para uso na operação do empresário.

Pontes de Miranda sintetiza esse contexto ao afirmar que “a condição permite ao figurante querer, sem temer o futuro: por ela, o que não se quereria, sem auxílio de hipótese,

¹COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 329. Ainda, interessante a ponderação de Lourival Vilanova, em conhecido trabalho de lógica jurídica, para quem o caráter seletivo do descritor, hipótese, implica proposição “tipificadora de uma classe ou conjunto de fatos condicionantes da realização de certas consequências.” VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 52.

pode ser querido”², seja com a instituição, pelas partes, de uma eficácia moldável aos seus interesses, seja pela possibilidade – dada pelos elementos acidentais do negócio jurídico – de se inserirem como relevantes no programa contratual motivos que, de outra forma, não teriam nenhuma relevância jurídica, muito embora sejam subjetivamente importantes para uma ou todas as partes envolvidas.

Avançando para apontar peculiaridades, tem-se em conta que, quando eclode o fato futuro e incerto, a condição se aperfeiçoa e a matéria não guarda muita dificuldade. Daí porque a temática da condição pendente é central e ainda cheia de desafios para uma doutrina que não trata diretamente do assunto, senão, *en passant*, com trabalhos mais generalistas, como manuais ou obras sobre o negócio jurídico e seus elementos.

Como dito, a condição pendente é central por uma simples razão: com o implemento da condição, considera-se o negócio equiparado ao puro e simples, então, o que diferencia os efeitos do negócio condicionado daqueles do negócio que se poderia dizer **padrão** é exatamente o tratamento desse período de tempo entre o fechamento do negócio e o aperfeiçoamento dos efeitos com o surgimento do evento condicional futuro e incerto.

Esse tratamento, aliás, já rendeu bastante debate a propósito da irretroatividade ou não da condição, como mecanismo de tutela dos interesses em jogo. Tal debate apenas reforça a importância do intervalo que se denomina “*conditio pendet*”³: “condição pendente”⁴ ou “pendência da condição”⁵. O tema evoca também o problema da facticidade jurídica e aquilo que se convencionou chamar de efeitos preliminares, interimísticos ou prodrômicos do fato jurídico. Assim, para desenvolver a pesquisa, foi imperiosa a análise dessa temática mais ligada à teoria geral do direito.

Usando a imagética expressão de Philippe Derouin, a condição é um instituto jurídico em festa. Se já era assim, em 1978, quando o autor francês escreveu seu artigo intitulado “*Pour une analyse fonctionnelle de la condition*”, atualmente é ainda mais, uma vez que os

²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 5, p. 99.

³LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Manual elementar de direito civil*. Introdução - Parte geral - Direito de família. São Paulo: Livr. Saraiva & Cia., 1930. v. 1, p. 138.

⁴CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 6, parte I, p. 105. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. do “Jornal do Commercio” de Rodrigues & C., 1905. p. 430.

⁵VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 56. CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908. p. 138. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: ações e fatos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 294.

negócios, em geral, e os contratos, em especial, vêm se tornando mais complexos⁶. Os exemplos são vários, como as operações estruturadas e as diversas previsões atípicas em contratos de compra e venda de empresas, entre outros negócios cujas características são o volume de patrimônio a ser transferido e a necessidade de operar de modo multifásico, tanto para assegurar as partes, quanto para especificar o preço do ativo (já de si uma atividade difícil)⁷. Assim, o tema tem relevância e sua análise mais detida é justificada, inclusive, pela pouca literatura que se produziu a respeito, constatação que não faz justiça à utilidade do instituto da condição e às questões que se colocam para os estudiosos e aplicadores do direito de modo geral relacionadas a sua pendência e às medidas de conservação.

Ainda, à guisa de justificativa, tem-se o mencionado tratamento lacônico que as medidas de conservação do **direito eventual**, inerente à fase de pendência, receberam da doutrina, o que não permite, por vezes, visualizar praticamente quais são essas medidas e qual sua extensão. Com quais possibilidades defensivas de seu interesse potencial conta aquele que espera e qual o tratamento jurídico dessa expectativa? Aliás, por defesa, nesse contexto, é lícito compreender apenas as medidas conservativas judiciais? Qual o papel dos mecanismos procedurais postos no contrato e das próprias medidas de caráter não judicial em geral?

Trata-se de um rico panorama a ser investigado, iniciando-se pela dimensão estrutural da condição, sua dogmática e percurso histórico para, depois, descortinar-se uma segunda dimensão, de corte operativo, em que se desenvolverá o tema da condição como alocação de riscos e os interesses contratuais envolvidos, bem como, por consequência, o seu uso atípico. Em seguida, apresentar-se-á o retrospecto das medidas de conservação e seu tratamento legislativo, somando-se à tentativa de desbastar as medidas de conservação em espécie, divididas, segundo seu enfoque, naquelas de direito material e nas de direito processual. Por fim, um último capítulo versará sobre a utilização prática das medidas de

⁶A expressão usada é “*une institution en euphorie*”. O autor aponta que a condição é usada também para evitar responsabilidade em contratos, fazendo com que os operadores do direito se apressem em caracterizar como condicionais os contratos para os quais falta um elemento necessário – regulando a eficácia, por certo, tocam ainda a questão da responsabilidade dos contratantes. Ou seja, a condição é um mecanismo, sob certo ângulo, excludente de responsabilidade. DEROUIN, Phillippe. Pour une analyse ‘fonctionnelle’ de la condition. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 77, n. 1, p. 1-41, jan./mar. 1978. Fernanda Mynarski Martins-Costa refere-se à “hiperutilização do fenômeno condicional” com riscos de utilização imprecisa, qualificando de condição aquilo que não é. MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 18.

⁷O denominado *valuation*, que demanda uma série de análises para aferir o valor da companhia e suas ações. Nesse passo, a própria Lei das Sociedades por Ações (LSA), em seu art. 170, §1º, estabelece critérios para a fixação do preço de emissão das ações, a serem usados alternativa ou conjuntamente, a saber: a perspectiva de rentabilidade da empresa; o valor do patrimônio líquido da ação; a cotação de mercado das ações.

conservação nos negócios jurídicos, para demonstrar suas possibilidades e sua articulação com outros institutos e campos do direito.

Há um esforço consciente e constante de **pressionar** os lugares-comuns envolvendo a matéria e de buscar novas abordagens do instituto e seus problemas. A contribuição à ciência jurídica que ora se oferta pretende repensar um instituto clássico, com vistas a conjugar teoria e prática, apresentando ideias e articulações para enriquecer o debate sobre essa importante cláusula típica que é a condição, cuja importância só tenderá a crescer, especialmente como sofisticação das técnicas contratuais de alocação de riscos, até por conta do fenômeno da atipicidade que ainda demandará muito estudo da doutrina nacional.

O recorte temático da tese, como dito, opta por uma abordagem bifronte: engloba a dimensão **estrutural** e, em seguida, a operativa ou **funcional**. Abre-se, assim, o leque que vai da estrutura à função, como uma opção teórica que não desdenha o contato com a realidade, até porque, função, como já se observou, tomada como adjetivo, caracteriza um modelo de análise, uma opção de caráter metodológico complementar àquele dito **estrutural**⁸. Seu crescente protagonismo, no entanto, é explicado pelas exigências de eficácia social e aderência à realidade muito presentes hoje em dia, especialmente, ao se considerar que o ente Estado deixou, há muito, de ser apenas reativo e que proposições e sanções premiais exigem esforço empírico para aferir sua eficácia. Na regulação de mercados, por exemplo, o Estado atua em um nível acima do mero comando/controle, incluindo em sua abordagem a relação custo/benefício⁹.

Pela riqueza do tema – a dicotomia: estrutura e função, sua menção aqui é meramente justificadora do porquê o objeto da tese foi abordado dessa maneira e não de qualquer outra forma igualmente justificável¹⁰.

⁸HADDAD, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80.

⁹Como destacou Rodrigo Octávio Broglia Mendes, em aula ministrada na disciplina do curso de Pós-Graduação (*Stricto sensu*) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo “Contratos Empresariais e o Mercado: uma investigação teórico-dogmática”. Também a questão dos incentivos fiscais, como forma de indução de comportamentos, **grosso modo**, ilustra a multiplicidade das tarefas estatais hoje em dia. Nesse particular, vale a citação de Norberto Bobbio, para quem “a inovação mais importante no sistema de controle jurídico não é tanto o acréscimo de comandos ou normas positivas, mas a introdução, cada vez mais difundida, de estímulos à execução ou à superexecução de comandos (e também de proibições), isto é, de sanções positivas, ou, de modo mais geral, o uso cada vez mais amplo de técnicas de encorajamento.” BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri-SP: Manole, 2007. p. 23.

¹⁰A opção da estrutura à função atendeu a fins práticos, sem perder de vista a necessária profundidade esperada de um trabalho acadêmico dessa espécie. Primeiro, uma pesquisa histórico-dogmática e discussões que tangenciam a teoria geral do direito privado e o tema da relação jurídica. Depois, a busca por trazer à lume questões de interesse prático ao aplicador do direito.

No que concerne às mencionadas angularizações, considera-se criticamente a articulação entre intencionalidade, condicionalidade e essencialidade dentro da estrutura do negócio jurídico, sob uma perspectiva que questiona o papel da condição e sua classificação como elemento acidental e acessório do negócio jurídico. Esse aumento do alcance da controlabilidade por via do mecanismo condicional, o motivo introjetado pela condição, em regra, nada tem de acessório. Ao contrário, sem a condição, no mais das vezes, o contratante sequer se arriscaria levar a efeito o negócio, o que demonstra que a essencialidade da condição dentro da estrutura do negócio¹¹ é quase sempre uma constante.

Para além de revisitar a análise posicional da condição, na topologia do negócio *in concreto*, busca-se diagnosticar o seu lugar na prática atual e os seus efeitos dentro da estrutura negocial entabulada pelas partes. Bem como, há um esforço de, já na primeira parte da tese, expender as considerações de caráter propedêutico e de alinhamento histórico, sem excessos e com olhos postos no objetivo do trabalho: estabelecer o alcance das medidas de conservação nos negócios condicionados e, tanto quanto possível, sistematizá-las de modo coerente. Nesse particular, a remissão, na segunda parte, às premissas postas na primeira será, no mais das vezes, explícita, tanto para facilitar a compreensão, quanto para preservar a coerência interna da narrativa. Então, a parte estrutural e o bosquejo da história do instituto representam mais do que uma mera recensão, possuindo finalidade dentro da arquitetura da tese e dialogando fortemente com a parte operacional.

Igualmente, advirta-se que, pesquisando no campo da eficácia do negócio jurídico e não no de sua validade, como o título do trabalho denuncia, o objeto de análise é a conservação **no** negócio jurídico condicionado e não **do** negócio jurídico condicionado, pelo que o foco está nas medidas de conservação no interstício da pendência e não na aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos em geral, radicada na parêmia *utile per inutile non vitiatur*.

Quanto ao método, a linha de pesquisa utilizada foi a dogmática¹², com estudo verticalizado das medidas de conservação nos negócios condicionados, a partir da bibliografia produzida pela teoria geral dos negócios jurídicos e da análise do posicionamento e do reposicionamento da condição como elemento do negócio jurídico, sua exterioridade e utilização atípica, o que resultou em uma sofisticação da própria ideia que

¹¹Utiliza-se aqui a expressão “estrutura do negócio” e não “programa contratual”, esta última da lavra de Antonio Junqueira de Azevedo, porque as medidas de conservação alcançam os negócios jurídicos em geral. No entanto, a primeira expressão poderia ser substituída pela segunda, sem qualquer prejuízo.

¹²BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225.

poderia se formar a propósito do que sejam as medidas de conservação cabíveis na espécie e nos diversos campos de atuação do fenômeno da condicionalidade, como fruto privilegiado da autonomia privada, enriquecendo a visão das possibilidades na situação jurídica de pendência que, sem sombra de dúvidas, alberga em si interesses tuteláveis, especialmente por ser uma característica do direito à previsibilidade, que torna possível, senão dizer o que é justo, pelo menos dizer o que é jurídico. A necessidade de distinguir o direito do não-direito é central, caso contrário, não haverá certeza, não haverá previsibilidade que permita ao direito alçar-se à condição de ferramenta de adaptação social, em verdadeiro câmbio de expectativas, situação em que a segurança jurídica gera certeza e igualdade de tratamento, ou seja, previsibilidade em sentidos objetivo e subjetivo, não bastando apenas que o cidadão se sinta “senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros”, é preciso mais: que também os outros sejam senhores dos seus e dos nossos atos. O câmbio de expectativas exige, então, uma clara definição do que é direito e do que é o não-direito, para que se possa saber de antemão as consequências de suas ações¹³. Cumpre anotar que a atividade do homem é, com efeito, uma “atividade projetante”, isto porque o móvel anímico do homem comum se dá por projetos, o que não é possível sem previsibilidade. Essa constatação é reforçada pela própria importância do negócio jurídico, em geral, e do contrato, em particular, duas atividades projetantes por excelência¹⁴.

Assim, se por um lado é certo que na situação de pendência e nos direitos com formação sucessiva, há ainda um meio caminho a ser percorrido, por outro, parece seguro afirmar que as medidas de conservação dessas posições intermediárias e a guarda desses interesses constituem uma forma de mediar a incerteza característica dessas situações com a segurança que é um atributo essencial da prática jurídica. Para ser seguro, o sistema jurídico oferece proteção não apenas aos direitos, como também ao processo de aquisição de direitos: o direito em formação vai recebendo *in fieri*, conforme avança para o resultado final, uma proteção cada vez mais intensa.

Essas são a justificativa, as premissas e o recorte do trabalho doravante encetado.

¹³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 17-18, p. 51-56, jul./dez. 1981.

¹⁴LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25.

PRIMEIRA PARTE

A CONDIÇÃO – BASES TEÓRICAS

CAPÍTULO I. NEGÓCIO JURÍDICO E EXPECTATIVA: APROXIMAÇÕES NECESSÁRIAS

De acordo com Francesco Galgano, o código, para o jurista, é como a testemunha para o juiz: fala quando interrogado, e o desafio reside menos nas respostas e mais nas perguntas¹⁵. Certamente, o transcurso do tempo levanta novas questões, mas as respostas não podem simplesmente ignorar a base dogmática anterior, mesmo que contrariando o passado, os fundamentos devem ser sólidos. Daí, é essencial trazer as noções elementares à construção do discurso.

Nessa primeira etapa, o objetivo desta tese é tratar da estrutura e dos elementos do negócio jurídico, bem como dos conceitos de direito eventual, direito expectativo e outros, cuja utilização no cotidiano forense não desce às precisões técnicas necessárias. Pretende-se enfatizar premissas para, em seguida, apresentá-las **em movimento**, no período de pendência, demonstrando a conjugação dos elementos tradicionais do negócio jurídico e a proteção da expectativa, eis que, todo negócio jurídico pressupõe uma racionalização de esperanças e objetivos que, ao ganharem vinculatividade pela autonomia privada, recebem a tutela estatal.

Logo, arrisca-se desde já uma metáfora para exemplificar essa simbiose entre a expectativa dos agentes negociais e o produto final da tutela jurídica: o negócio jurídico é a expectativa de satisfação de interesse (econômico na grande parte) encapsulada em formato jurídico.

1 Estrutura do negócio jurídico

A centralidade do negócio jurídico nos estudos de teoria geral do direito privado é inegável. O seu nascimento, como conceito, é historicamente recente e deriva de um ideal sistematizador e positivista, da escola alemã do século XIX denominada **Pandectística**¹⁶.

¹⁵GALGANO, Francesco. Prólogo. In: BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

¹⁶AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 413. Ainda sobre a origem do negócio jurídico, frise-se que o positivismo científico alemão não é nem o

Vicenzo Scalisi faz uma reflexão interessante sobre esse conceito, apontando que, na origem, o negócio jurídico na sua versão **pandectista**, tal como adotado pelo Código Civil alemão (BGB, na sigla alemã), constituía-se numa “*típica categoria della modernità*” e, enquanto tal, extremamente abstrata e geral, desvinculada de qualquer qualidade do sujeito ou do objeto, assim como de qualquer contexto de tempo e espaço, o que, segundo Scalisi, não se tratava de um paradigma construtivo ingênuo ou neutro. Tratava-se, com efeito, de uma ferramenta funcional a serviço de dois postulados cardeais, na sua exata expressão, do direito privado moderno: o modelo de sujeito de direito abstrato e o princípio da igualdade formal¹⁷.

Do percurso do modelo *begebeiano* (neologismo de Scalisi) para a recepção no direito italiano (o *Codice Civile*, de 1942), Scalisi destacou, ainda, que essa abstração severa representou um limite fundamental, porquanto, o Código Civil italiano de 1942, vindo à lume meio século após o Código Civil alemão, foi forçado a enfrentar impasses colocados pela revolução industrial e, mais particularmente, relativos às demandas ligadas à formação do proletariado e ao desenvolvimento do grande empreendimento, aportando novos problemas e colidindo, sobretudo, com as técnicas normativas de ocultação das qualidades e condições reais de diferentes sujeitos¹⁸.

positivismo legalista, para o qual tudo deriva do legislador estatal, muito menos, o positivismo de Comte, como filosofia geral para explicar o mundo: “[...] o positivismo científico – e mesmo este apenas no seu último estágio – só tem de comum com os outros dois a recusa de uma fundamentação metafísica do direito e o reconhecimento da autonomia absoluta da ciência especializada. Contudo, não pode ser confundido com eles ou, muito menos, posto ao mesmo nível; uma vez que deriva do formalismo gnoseológico de Kant, ele seria muito mais exatamente designado por formalismo científico.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010. p. 493. Veja-se, também: “*El concepto de negocio jurídico nació por la unión de los diversos actos mediante los cuales la voluntad de las partes ordena sus relaciones jurídicas. Esta profunda abstracción del pensamiento jurídico es un resultado de la dogmática moderna. El término ‘negócio jurídico’ aparece primeiramente, por lo que se refiere a la doctrina, en HUGO, Lehrbuch der Pandekten, 3ª ed. (cfr. PERNICE, en Grünhtus Z., 7, 465; MANIGK, loc. Cit., §4 y sigs.) y, en cuanto a la legislación, en el código de Sajonia, art. 88.*” TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2005. v. 2, p. 131, nota 2. Também pesquisando a origem do termo negócio jurídico, vale citar: “A gênese da teoria do negócio jurídico advém dos textos romanos de Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis*, que tem como fundamento o princípio da autonomia da vontade. No entanto, não conheceram estes o negócio jurídico como categoria lógica, uma vez que decorre de uma abstração que os juristas romanos, práticos e lógicos, não enfrentaram. Entretanto, a adoção do termo ‘negócio jurídico’ (Nec+otium) foi atribuída a Nettelbladt, em 1749. Entretanto, deve-se a Savigny a sua concepção como ‘espécies de fatos jurídicos que não são apenas ações livres, mas que a vontade dos sujeitos se dirige imediatamente à constituição ou extinção de uma relação jurídica’”. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 370.

¹⁷SCALISI, Vicenzo. La teoria del negozio giuridico a cento anni del BGB. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 44, n. 5, p. 539, sett./ott. 1998.

¹⁸*Id. Ibid.*, p. 539. Daí, avança Scalisi, observando uma superação da entronização da vontade individual, com primazia da lei, que passa a exercer uma função de proteção jurídica, do que dá exemplos no Código Civil italiano de 1942, como o ilustrativo artigo 1.374, a propósito da integração do contrato. *Id. Ibid.*, p. 540. “*Art. 1374. Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità.*”

O que era um conceito abstrato e generalizante (tautologia, já que todo conceito é abstrato) tornou-se uma categoria sitiada pelo legislador, fundada em valores de solidariedade e igualdade substancial, envolvida por circunstâncias concretas em que a causa é o elemento-chave, a partir do qual constata-se ou não a *meritevolezza* do interesse particular em jogo, o que espelha uma análise sempre situacional, com a causa ligando o esquema típico do negócio ao valor subjacente ao sistema¹⁹. É a causa o conduto pelo qual o sistema avalia, já sob o cariz da técnica jurídica, se o negócio é tutelável ou não. A causa juridiciza o valor. Aliás, sua ausência é um desvalor em si, porquanto, sem causa, a transferência patrimonial a que conduz o negócio fica sem seu suporte fático de validade²⁰.

Da doutrina brasileira, vale destacar Junqueira de Azevedo, que afirma que:

A inexistência de causa (nos negócios causais), em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, nulidade por falta de causa (portanto, a existência da causa é, aí, requisito de validade) e, quando a hipótese for de causa final, ineficácia superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia). Em ambos os casos, o papel da causa será de proteção à parte, que se fiou na existência (passada ou futura) da causa²¹.

No entanto, Junqueira de Azevedo defende que o negócio jurídico é “antes de mais nada, um fato social”, traduzido em modelo de comportamento que, em dada sociedade, é

¹⁹SCALISI, Vincenzo. La teoria del negozio giuridico a cento anni del BGB, *cit.*, p. 541.

²⁰CARIOTA-FERRARA, L. *El negocio jurídico*. Trad. prólogo y notas de Manuel Albaladejo. Madrid: Aguilar, 1956. p. 498-499. Sobre: “*Se parte de la observación de que todo negocio jurídico cumple una función económica y social característica, que el ordenamiento jurídico reconoce como relevante para sus fines y que es suficiente para justificar la tutela, acordada por ese mismo ordenamiento, a la autonomía privada.*” MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. t. 2, p. 369. Na doutrina de Paulo Barbosa de Campos Filho, em sentido psicológico, a causa explica, ao passo que, em sentido jurídico, justifica. “Onde quer, portanto, que alguém – e é nesses termos que o ‘problema’ deve colocar-se – haja contraído uma obrigação, adiantado uma promessa, executado uma prestação, ou assegurado a outrem uma vantagem patrimonial, visando à realização de um interesse próprio, seja êle material, seja moral, não pode a ordem jurídica, se lícito o fim por essa maneira objetivado, deixar de lhe assegurar a efetiva consecução, negando-lh’a, caso contrario. Assim, aliás, é que no mundo jurídico se manifesta e se afirma a lei da causalidade.” CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s. d.]. p. 120. Desde uma perspectiva mais atenta aos desígnios programáticos do Estado de Bem-Estar Social, vale observar que a causa parece ter uma significação importante nos contratos firmados com o Estado, a partir da doutrina de Calixto Salomão Filho: “Nos contratos com o Estado isso torna mais ingente a necessidade de um quadro legal que defina para cada setor específico esses objetivos econômicos e sociais com clareza e que sejam aplicáveis a todos os contratos entre Estado e particulares realizados no respectivo setor, ainda que não estabeleçam de forma expressa o objetivo econômico e social a ser perseguido. [...] O planejamento econômico adentra o contrato através de sua causa, livremente aceita pelas partes, e para a qual livremente resolveram cooperar. Afastado qualquer empecilho constitucional a um planejamento impositivo, aqui introduzido através da causa do contrato, os contratos com a Administração ganham outro perfil e funcionalidade (v. supra, item 3.2.2.)” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 218-219.

²¹JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152.

visto como apto a produzir efeitos jurídicos²². Sua utilização, portanto, é bem anterior à sua racionalização e aos debates travados acerca do tema. Assim, o negócio jurídico é expressão da socialidade humana, mais do que fruto de sucessivas abstrações, exigindo apenas a vontade e a consciência sobre a produção de efeitos jurídicos dentro de um certo contexto cultural²³.

Sobre o papel da vontade no negócio jurídico, as concepções subjetiva (teoria da vontade) e objetiva (teoria da declaração) merecem curtas linhas. A primeira enfatiza a necessidade de correspondência absoluta entre a vontade e sua manifestação formal, enfocando, portanto, os motivos psicológicos do ato, que tocam de perto os elementos acidentais do negócio jurídico, vez que são esses elementos que possibilitam tornar juridicamente relevante o que não era. Já para a concepção objetiva (teoria da declaração), vale o que foi objetivamente declarado, não importando a congruência entre vontade e declaração. Assim, sob essa concepção, os motivos são *a priori* irrelevantes. Naturalmente, ambas as teorias, nos seus extremos, conduzem a resultados indesejáveis, daí porque surgiram concepções intermediárias, tais como a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança²⁴. Por fim, vale destacar a posição crítica de Erich Danz a respeito da teoria da vontade:

O dogma da vontade é também insustentável na prática. Quem conhece a prática do Direito sabe como é difícil, na maior parte dos casos, demonstrar o que se passa no íntimo de cada um, provar as intenções; basta pensar, por exemplo, nos processos de impugnação dos actos fraudulentos do devedor, em que é necessário provar que houve intenção de defraudar os credores (Lei de 21-VII-1879, §3º). Se os efeitos jurídicos têm de determinar-se atendendo à vontade interna, como o juiz não pode ler nos pensamentos, terá que apreciá-los, em cada caso, através da prova: agradável tarefa! Além disso, as pessoas – até os próprios juristas – nos negócios da vida diária não costumam sequer pensar nos efeitos jurídicos que hão de produzir-se²⁵.

²²JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. 1986. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986. p. 3 e ss.

²³“A visão social do ‘jurídico’, como um dado de cultura, é comum a todos os membros do grupo social.” *Id. Ibid.*, p. 6. A esse respeito, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda afirma que Junqueira de Azevedo perfilha a posição de Betti, a grande referência das teorias preceptivas, entendendo o negócio jurídico como anterior a qualquer ordem jurídica organizada. Portanto, para os defensores dessa teoria, “os negócios obrigam assim, porque estabelecem preceitos (daí a raiz da designação da teoria) antes mesmo de qualquer intervenção da ordem jurídica que posteriormente os consagra por um fenômeno de recepção.” In. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Autonomia privada: conceito, atuação e limites*. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, ano 1, n. 1, p. 56, 1984.

²⁴ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 421; CARIOTA-FERRARA, L. *El negocio jurídico*, cit., p. 58. Atenção para o artigo 112 do Código Civil atual que dá a falsa impressão de perfilhar a teoria da vontade, mas como observa o mesmo Francisco Amaral, “tomando como ponto de partida a declaração de vontade (na qual a intenção se consubstancia) e como critério de interpretação a boa-fé e os usos do lugar (art. 113), optou pela concepção objetiva e, conseqüentemente, pela teoria da declaração.” AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit. Na mesma direção, Nestor Duarte, interpretando o mesmo dispositivo, entende que “o que se procura é extrair dos elementos contidos na declaração a intenção das partes.” In. DUARTE, Nestor. *Comentário ao artigo 112*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2010. p. 103.

²⁵DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Versão portuguesa de Fernando Miranda. São Paulo: Saraiva & Cia., 1941. p. 35.

A evolução da ideia de negócio jurídico também contou com a contraposição dos fatos jurídicos que não podem se reconduzir ao conceito, a saber, os atos jurídicos em sentido estrito. Dessa elucubração bem distinguida por Fábio De Mattia, pode-se depreender que : (i) a categoria dos atos jurídicos em sentido estrito foi percebida pela doutrina durante a elaboração conceitual do negócio jurídico, mais facilmente perceptível; (ii) a definição dada ao ato jurídico em sentido estrito foi eminentemente negativa, ou seja, aquilo que não se enquadra como negócio jurídico, os atos não negociais; e (iii) a diferença central entre o negócio jurídico e o ato jurídico em sentido estrito repousa no alcance da vontade, na dispositividade que caracteriza o negócio jurídico e é ausente no ato jurídico²⁶, percepção coincidente com a síntese de Fábio Konder Comparato, para quem, a distinção entre o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico funda-se “no maior ou menor índice de aplicação do princípio da autonomia da vontade”²⁷.

Para Soriano Neto, a vontade de resultado é o ponto central do negócio jurídico²⁸. Aqui, novamente em oposição ao conceito de ato e com base na doutrina alemã, nota-se que, mesmo com a declaração de vontade do agente que deseja produzir as consequências previstas em lei, o ato não se torna negócio fruto da autonomia privada porque os efeitos não foram concebidos concretamente pela vontade das partes²⁹.

Reforçando a importância, inclusive prática, da distinção entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito, Moreira Alves apresenta como justificativa da ausência de previsão do negócio jurídico no Código Civil de 1916, a falta de subsídios teóricos, na época, traçando a divisão clara entre as duas espécies de ato jurídico em sentido lato³⁰. Por essa razão, Clóvis Beviláqua não teria utilizado a figura, aderindo ao Direito Francês, muito embora em outras passagens tenha feito a opção pelas concepções alemãs, como no tema da posse³¹. Já o Código Civil de 2002 contempla nominalmente o negócio jurídico, a partir do seu artigo 104.

²⁶DE MATTIA, Fábio Maria. Ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, (Separata) São Paulo, fasc. 61-62, p. 5 e ss., 1967.

²⁷COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 513.

²⁸SOUZA NETO, José Soriano de. *A construção científica alemã sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a natureza jurídica do reconhecimento da filiação ilegítima*. Recife: Impr. Universitária, 1957. p. 10.

²⁹*Id. Ibid.*, p. 15.

³⁰MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 96-97.

³¹CASTRO JÚNIOR, Torquato. Influência da Pandectística no Código Civil brasileiro. *R. IHGB*, Rio de Janeiro, ano 178, n. 472, p. 91-104, jan./mar. 2017. A propósito, Clóvis Beviláqua, ao comentar o então artigo 485, deixa clara a opção pela teoria objetiva da posse: “Para o Código a posse é visibilidade do poder, que a lei reconhece ao proprietário.” BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 9. ed. atual. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1953. v. 3, p. 10.

A busca por uma formulação geral do conceito de negócio jurídico, observada sua dispositividade como característica marcante, passa, primeiro, pelo papel singular que a vontade juridicamente qualificada exerce³². Trata-se de uma vontade dirigida a fins práticos imediatos, vontade de resultado, “e que o ordenamento tutela enquanto expressão da autonomia do sujeito, de autorregulamentação de seus interesses”, conforme afirma Claudio Luiz Bueno de Godoy³³. A questão é a finalidade da vontade, o que não possui relevância no ato jurídico em sentido estrito cujas consequências jurídicas estão todas regradadas na lei.

No ato jurídico, a vontade adere aos efeitos da lei; no negócio jurídico, a vontade cria efeitos com força de lei³⁴. Assim, há uma distinção importante entre a autonomia da vontade e a autonomia privada. A primeira consiste na liberdade de agir dentro dos limites da licitude; a segunda, no campo de atuação conferido ao particular para sua autodeterminação.

De acordo com Luigi Ferri, a autonomia privada possui uma perspectiva normativista, uma vez que é outorgada ao particular pela lei³⁵. É o poder de autodeterminação que, historicamente, sustenta o direito civil, em maior grau no direito das obrigações e, em menor grau, no direito de família e nas questões de estado em geral, bem como nos direitos de personalidade. Tal poder mostra-se maior ou menor, conforme o momento histórico e a ideologia vigente, do que é ilustrativa a alusão à frase de Lênin, prócer

³²A respeito da capital diferença da atuação da vontade no ato jurídico e no negócio jurídico uma pequena digressão, feita por Moreira Alves, demonstra que, em um contrato de compra e venda, há uma vontade preponderante na produção de efeitos jurídicos, inclusive com cláusulas instituindo condição ou termo. Em contrapartida, o mesmo não ocorre quando, em uma pescaria, alguém pesca um peixe e, pelo instituto da ocupação, torna-se proprietário do animal. Ora o ato material de fisgar o peixe e dele se assenhorear não depende de capacidade jurídica – uma criança, absolutamente incapaz, pode se tornar proprietária do peixe. Daí, diz o autor: “A incapacidade, no caso, não acarreta nulidade ou anulação, ao contrário do que sucederia se essas mesmas pessoas celebrassem um contrato de compra e venda. Por quê? Porque, na hipótese da ocupação, a vontade exigida pela lei não é a vontade qualificada necessária para a realização do contrato; basta a simples intenção de tornar-se proprietário da *res nullius*, que é o peixe essa intenção podem tê-la todos os que possuem consciência dos atos que praticam”. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 98, nota de rodapé. Na mesma linha, temos: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 387; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 7.

³³GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico, cit., p. 390.

³⁴Entretanto, além dos efeitos que visam a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, vale observar o efeito do negócio jurídico de acerto, negócio atípico visando esclarecer dúvidas ou ambiguidades no negócio acertado. Uma interpretação do negócio pretérito efetuada pelas próprias partes mediante outro negócio, esse último com efeitos retroativos.

³⁵“A autonomia privada não é expressão de uma mera condição lícita, mas manifestação de poder, e precisamente do poder de criar, dentro dos limites postos pela lei, pelas normas jurídicas”. (Livre tradução nossa). FERRI, Luigi. *Nozione giuridica di autonomia privata*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, 1959. p. 125. Na questão, ainda vale lembrar que a autonomia da norma negocial deriva de normas estatais e, nesse sentido, trata-se de uma autonomia de fins, não derivada de uma fonte ejetora, independente e autônoma. Tanto isso é verdade que, à autonomia privada, precedem os limites legais como a ordem pública e os bons costumes, assim, na sua vinculatividade das partes aos efeitos, ela é autônoma, porém, não é no seu fundamento de validade.

da revolução bolchevique: agora, não há mais direito privado, tudo é direito público, feita por Antonio Junqueira de Azevedo³⁶.

Como conclusão, o negócio jurídico é expressão da autonomia privada, pela qual as partes manifestam uma vontade dirigida a fins práticos, por meio de uma autorregulação de seus interesses, dentro de um raio de ação traçado pela lei que atribui à autonomia o poder de atuação aos particulares, respeitados a ordem pública e os bons costumes, sem os quais o interesse não é digno de tutela (*meritevolezza*)³⁷. Assim, o produto do exercício da autonomia privada pode ou não refletir *meritevolezza*. O Código Civil italiano prevê explicitamente em seu artigo 1.322, *comma* 2: “As partes também podem celebrar contratos que não pertençam a tipos com determinada disciplina, desde que se destinem a realizar interesses dignos de proteção de acordo com o sistema jurídico.” (Tradução nossa).

A autorregulação manifestada de maneira objetiva na declaração de vontade estabelece os efeitos desejados³⁸ pelas partes e, no limite, a autorregulação dos efeitos pode até – nos negócios condicionáveis – estabelecer seu diferimento em razão de algum evento futuro e incerto, donde se conclui que condicionar um negócio jurídico equivale a exercer a autonomia privada em uma potência que, dobrando-se sobre si mesma, possibilite, mais do

³⁶Na entrevista, o jurisconsulto foi questionado sobre seu artigo da década de 1975, “O direito civil tende a desaparecer?”, se o texto teria sido mal interpretado e qual seria a perspectiva do direito civil para os dias atuais. Sua resposta foi essa: “Francamente, eu não sei nem se o artigo referido na pergunta foi importante nem se foi mal interpretado. O que sei é que naquele tempo havia um demônio dominador chamado ‘Estado’. O Estado interferia em tudo e desconhecia o seu próprio papel de instrumento para a sociedade e o indivíduo. Para mim, o Estado é um mal necessário. Como disse antes para o negócio jurídico, e agora repito para o direito privado, os dois grandes pilares do direito privado são a liberdade individual e a função social. Isso é muito diferente de tudo que é estatal. Naquele tempo, havia uma tendência de absorção da sociedade e do indivíduo no Estado. Agora, não há mais direito privado, tudo é direito público, dizia um célebre e autoritário político (Lênin). Pois eu, hoje, diante dos novos tempos, me vingo, dizendo, com exagero semelhante: Agora, não há mais direito público, tudo é direito privado.” RTDC – Entrevista com o professor Antonio Junqueira de Azevedo. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 603-604. Interessante, nesse comentário lateral, agregar a opinião atual de um publicista consumado, Carlos Ari Sundfeld, para quem há um “direito administrativo dos clips”, estatista, hierárquico, burocrático; e um “direito administrativo dos negócios”, focado em boas práticas, eficiência, tentando ser aderente à realidade do agente de mercado, a demonstrar uma evolução, inclusive no campo do direito público, questionando certos dogmas da área e propugnando por uma nova visão, com invasão da consensualidade no âmbito das relações de direito público e transformações, especialmente, no que tange à contratação pública em geral, até para torná-la atrativa aos agentes privados. Sobre a questão do direito administrativo dos negócios, veja-se, SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 89 e ss. O vaticínio de Antonio Junqueira de Azevedo, então, estava correto: os espaços do direito privado renascem.

³⁷Sobre não ser a autonomia privada um valor em si, mas apenas se e enquanto o interesse for digno de tutela: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 279.

³⁸Sobre a discussão de serem os efeitos jurídicos ou práticos, ou ainda, uma linha intermediária: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1983. v. 2, p. 28 e ss.

que regular efeitos jurídicos, interferir em sua eficácia, postergando-os (condição suspensiva) ou tornando-os resolúveis (condição resolutiva), como forma de adaptação do programa negocial a vicissitudes às quais as partes não desejam submeter-se, sem criar uma salvaguarda à funcionalidade do avençado.

Apenas porque a riqueza do tema incita, vale mencionar o debate a propósito do ocaso do **negócio jurídico**, reduzindo-o a uma categoria historiográfica, tal como observa Natalino Irti³⁹. No percurso da construção do conceito de negócio jurídico, Irti destaca a natureza pré-jurídica defendida por Emilio Betti, entre nós encampada por Antonio Junqueira de Azevedo, cujo exemplo imortalizado e repetido é aquele das tribos *Tegazza* que intercambiavam mercadorias no Norte da África⁴⁰.

Por conseguinte, para essa linha de pensamento, o negócio jurídico precede o direito e não procede do direito. Entretanto, a automação das relações de consumo e a abstração das figuras dos contratantes levantam uma questão teórica relacionada ao contrato de massa, do que são expressão os **contratos automáticos**, com a oferta ao público de pequenos bens por meios automatizados e pequenas máquinas, e a contratação **estandardizada**, nos contratos-

³⁹IRTI, Natalino. El negocio jurídico como categoria historiográfica. Trad. César Moreno More. *Revista IUS ET VERITAS*, v. 24. n. 52, p. 134-147, jul. 2016. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16376/16780>. Discutindo de modo interessante a questão do ocaso ou não do negócio jurídico, posicionando-se pela utilidade da categoria, veja-se: BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 22-25.

⁴⁰Veja-se, a respeito, em nota: “O texto de Heródoto foi traduzido por nós, sobre a tradução francesa de Larcher. O mais interessante é que narração extremamente parecida foi feita, segundo Betti (pág. 41, nota), por um navegador veneziano do séc. XV, Alvise de Cá da Mosto, a respeito do comércio de sal, que a tribo dos Tegazza fazia com outra tribo de negros. Transcrevemos a narração do navegador, para comparação, aproveitando a tradução de José Abreu (pág. 35): ‘Todos aqueles de quem é o sal fazem com ele montes enfileirados, marcando cada um o seu, e em seguida toda a caravana volta meio dia para trás; vem depois, uma outra geração de negros, que não querem ser vistos, nem falar com os outros e – ao verem o sal, colocam uma quantidade de ouro junto a cada monte de sal, e voltam para trás, deixando o ouro e o sal; e logo que eles partem, vêm os negros do sal; vêm ver se a quantidade de ouro deixada pelos outros é, em sua opinião, suficiente para comprar a quantidade de sal correspondente. E se acham suficiente, levam-na, deixando o sal; se não estão de acordo, deixam o ouro e o sal e retiram-se de novo, esperando que os outros voltem e acrescentem a quantidade de ouro que ainda falta. Depois do que, obtido o acordo, levam o outro e os outros vêm buscar o sal.’ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, cit., p. 8. Narrando o mesmo procedimento, se verifica, em Clóvis Beviláqua, referindo a obra de Letorneau: “Na Colômbia russa, o estrangeiro vinha depositar, na orla do mar, as mercadorias que desejava vender, e retirava-se em seguida. O indígena, por seu turno, quando os estranhos desertavam a praia, trazia os objetos que possuía e julgava equivalentes, colocava-os ao lado das mercadorias ofertadas e retirava-se. Voltava o estrangeiro, e, se a troca lhe convinha, carregava os objetos do indígena, abandonando os seus; se, porém, não lhe pareciam de valor suficiente a equipararem-se com as suas mercadorias, afastava-se novamente, deixando tudo em seu lugar, para que o indígena viesse acrescentar alguma coisa ao preço oferecido. Se não chegavam a um acordo, cada qual retirava-se para o seu lado, conduzindo o que lhe pertencia.” BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. São Paulo: Livr. Francisco Alves, 1957. p. 43.

tipo e contratos de adesão⁴¹. Segundo Irti, o negócio jurídico sobrevive como uma categoria historiográfica cuja utilidade é a de reconstruir os passos da doutrina que lhe deu base, bem como os debates e as relações de interesses que subjaziam ao conceito – o interesse de uma burguesia que pretendia se defender da nascente primazia do direito público. Atualmente, porém, Irti destaca que o “horizonte do homem contemporâneo” compreende outro problema: o da sua própria salvação. O desafio não está nas disputas acerca da vontade nos negócios e na autonomia social, ele se manifesta na própria existência física do ser humano, do que dá testemunho a crescente questão ecológica⁴².

Dito isso, Irti aponta para o **réquiem** do negócio jurídico enquanto categoria útil à compreensão do momento atual. Segundo o autor, há uma separação entre autonomia privada e negócio jurídico que é dos nossos dias, porque a proteção da autonomia transfere-se do sujeito para o objeto, especialmente naqueles oferecidos indistintamente sob as regras de mercado para um número indeterminado de consumidores. De acordo com Irti, “a função ideológica da autonomia privada está viva e ativa”, porém, “liberada agora do vínculo com o negócio jurídico, reclama um direito do mercado: leis do Estado, reguladoras e severas da produção e do intercâmbio de bens”⁴³. O autor conclui que, diante da potência técnica das empresas, a liberdade do indivíduo repousa na higidez do mercado e da proteção do consumidor, o que não tem a ver com noções pré-jurídicas, mas sim com uma arquitetura legislativa e institucional (portanto, jurídica) criadora de uma proteção coerente e eficaz.

⁴¹SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 91, p. 154, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332/69942>.

⁴²IRTI, Natalino. El negocio jurídico como categoria historiográfica, *cit.*, p. 145.

⁴³*Id. Ibid.*, p. 147. Notar que Antonio Junqueira de Azevedo, fazendo referência expressa a Irti, mostra-se crítico dessa redução do negócio jurídico à condição de mera categoria historiográfica. Confira-se: “O negócio jurídico é a estrada real para o conhecimento do direito. Nele, confluem o valor de liberdade, valor individual, para as escolhas que cada um de nós queira fazer em sua vida, e o valor social, valor coletivo, de movimentação ou de ativação da vida em sociedade. O negócio jurídico é, ao mesmo tempo, uma categoria abstrata, fruto de razão intelectual, e um modelo concreto de comportamento, profundamente enraizado nos costumes dos povos. É maravilhoso. Erram aqueles que, como Natalino Irti e Galgano, tendem hoje a considerar o negócio jurídico como uma categoria ultrapassada – ‘historiográfica’, no qualificativo da inteligência crítica de Natalino Irti – porque, até mesmo do ponto de vista prático, tendo em vista o dinamismo da vida social contemporânea, são inúmeros os atos ainda não tipificados pelo legislador e que necessitam de regras gerais; essas regras somente podem ser as do negócio jurídico; por exemplo, os novos atos inventados pelas pessoas no campo da bioética, das relações familiares e, principalmente, dos acordos de ordem econômica (contratos coligados, contratos atípicos, cláusulas especiais etc.). Na Alemanha, em Portugal e no Brasil, o negócio jurídico está no Código Civil e auxilia a doutrina e a jurisprudência na procura de soluções para os conflitos de interesse. Foi uma pena que o Código Civil italiano, tão útil sob outros aspectos, não tivesse incluído normas gerais próprias de todos os negócios; afinal, os juristas italianos tinham uma vastíssima produção sobre a categoria de que estamos falando (Scialoja, Fadda e Bensa, Betti, Cariota-Ferrara, Stolfi, Scognamiglio, G.B. Ferri etc.)” RTDC – Entrevista com o professor Antonio Junqueira de Azevedo, *cit.*, p. 599.

Mesmo assim, parece crível observar um movimento pendular ainda tênue levando para a atipicidade e para *contract design*, no jargão do mercado jurídico, cujo potencial para tornar rediviva a categoria do negócio jurídico é patente. Se nas relações correntes do homem médio, o negócio jurídico alui-se, assumindo um papel residual, por outro lado, como forma de assunção consorciada de riscos em projetos enormes, tanto do ponto de vista financeiro quanto do estrutural, bem como em complexas operações societárias, o negócio jurídico está mais do que nunca potencializado.

É exemplo disso o crescimento dos denominados pactos parassociais, das operações de aquisição de companhias, dentre outras figuras sempre recheadas de cláusulas socialmente típicas, de forte influência anglo-saxã, cuja fase de negociação é tão complexa que dá margem a uma série de instrumentos pré-contratuais, como protocolos de intenção, memorandos de entendimento, cartas de intenção de compra, entre outros instrumentos correntes no tráfego particularizado atinente à matéria, sempre envolvendo assessorias multidisciplinares e especializadíssimas, avultadas somas de capital e, como é lógico, exigindo uma série de cautelas que tornam os processos de aquisição verdadeiros périplos negociais em que a autonomia privada manifesta-se vividamente no percurso entre múltiplas fases do negócio globalmente considerado. De fato, vem-se constatando crescente contratualização do direito societário, como destaca Craveiro:

A infinita possibilidade de criação de negócios jurídicos com base em cada vez mais diversas e especializadas operações econômicas passou a impactar cada vez mais o relacionamento entre sócios e conduziu os agentes econômicos, pois, a estipular os mais variados ajustes sobre ele incidentes, no exercício de sua autonomia contratual, resultando em sofisticada engenharia negocial⁴⁴.

O negócio jurídico, então, não morreu. Mudou para permanecer.

A utilização dos elementos acidentais também vem a reboque dessa mudança, uma vez que deles deriva uma **particularização** que retira o caráter generalizante das

⁴⁴CRAVEIRO, Mariana Conti. *Pactos parassociais patrimoniais: elementos para sua interpretação no direito societário brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 25. Grosso modo, com esses pactos parassociais, os sócios procuram disciplinar interesses patrimoniais cujo regramento não encontra disciplina no estatuto social. Com análise minuciosa, discutindo o alcance da figura, veja-se: *Id. Ibid.*, p. 27 e ss. Ao que parece, inclusive, a dispersão de capital força o aumento dos acordos de acionistas ou acordos de controle. Nesse passo, veja-se: “Os dados da análise da estrutura acionária das 92 companhias listadas no Novo Mercado revelam que 17,39% das companhias declararam não possuir acionista controlador. Entre essas companhias, havia sete nas quais o maior acionista detinha menos de 10% do capital social. Esse dado permite, inclusive, indagar se estaríamos diante de uma situação de controle gerencial, o que depende de uma análise concreta da situação das sete companhias. O resultado que mais desperta atenção é que aproximadamente 49% das companhias eram de capital disperso (ou seja, sem controle, com controle gerencial ou com controle diluído).” OIOLI, Erik Frederico. *Regime jurídico do capital disperso na lei das S.A.* São Paulo: Almedina, 2014. p. 348-349.

negociações em larga escala sob o modelo de adesão, o que se constata por, pelo menos, três motivos, sob uma análise ainda superficial:

(i) A necessidade dos agentes econômicos, diante da complexidade e do vulto dos interesses envolvidos, acautelarem-se com múltiplas previsões e alocações contratuais de riscos que estão fora do alcance dos tipos legais, especialmente quando há uma tendência, já constatada pela boa doutrina comercialista, de desverticalização das atividades que antes eram estruturadas interna e verticalmente na sociedade empresária e a ascensão dos contratos de colaboração como forma de enfrentar riscos e custos financeiros muito elevados, arranjos contratuais atípicos ou apenas socialmente típicos em sua maioria⁴⁵.

Ainda a propósito da desverticalização das atividades empresárias e da presença de arranjos híbridos (entre contratos e sociedades) que desafiam os esquemas tradicionais da dogmática jurídica, note-se que há uma revalorização das denominadas “circunstâncias negociais”, pois, mesmo os arranjos que desafiam as classificações entre contrato e sociedade, que estão a meio passo entre a horizontalidade e a verticalidade, são, com efeito, negócios jurídicos. Como afirma Silva Filho,

Contratos, sociedades, mercados e hierarquias, assim, deixaram de dar conta, isoladamente, das formas organizacionais adotadas pelos agentes econômicos. Passou-se a aventar a possibilidade de desdiferenciação do direito dos contratos, ao mesmo tempo que, na prática, novos negócios passaram a ser organizados ao arrepio das estruturas contratuais e societárias estipuladas na legislação estatal. No plano econômico, o reconhecimento das organizações híbridas pela ECT [Econômica de Custos de Transação – ECT] (capitaneada, em sua maturidade, pelos trabalhos de Oliver Williamson) sinalizou para a possibilidade de uma terceira via entre as antigas organizações pautadas pelo mercado e pela hierarquia. As organizações híbridas surgem, assim, como um modelo específico de governança, irreduzível aos modelos arquetípicos da troca e da cooperação⁴⁶. (Colchetes nossos.)

Não interessa qual seja o tipo de arranjo híbrido, decerto ele deriva da autonomia privada dos agentes econômicos e é perfeitamente reconduzível ao conceito de negócio jurídico que poderá, inclusive, experimentar uma expansão de seu alcance semântico nos próximos anos.

(ii) Uma crescente revalorização do contrato empresarial como categoria não reconduzível a soluções civilísticas gerais em que, inclusive, a tomada do risco pelo

⁴⁵FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 117 e ss. SILVA FILHO, Osny da. Entre mercado e hierarquia: repercussões da desverticalização na disciplina dos contratos empresariais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 51, n. 163, p. 135 e ss., set./dez. 2012.

⁴⁶SILVA FILHO, Osny da. Entre mercado e hierarquia: repercussões da desverticalização na disciplina dos contratos empresariais, *cit.*, p. 135 e ss.

empresário é considerada parte do equilíbrio do mercado e, normalmente, insuscetível de intervenção judicial. Como afirma Forgioni,

Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte (agir conforme o direito). Não fosse assim e o sistema jurídico [i] estaria cometendo equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise microeconômica clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou [ii] desestimularia as contratações⁴⁷.

Forgioni, demonstrando que a boa-fé objetiva, no paradigma do contrato empresarial, trabalha em bases diversas, explica que:

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. [...] É isso que precisa restar claro: a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes⁴⁸.

Em outra obra de caráter mais geral, versando sobre o fenômeno do mercado e da função do direito comercial, Forgioni sustenta que a consolidação do direito do consumidor teve como efeito a redescoberta dos contratos mercantis. Ou seja, a necessidade de demarcar “as diferenças entre os dois regimes jurídicos faz com que a consolidação do direito do consumidor traga a ‘redescoberta’ dos contratos comerciais como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista”⁴⁹.

(iii) Por fim, como reação aos motivos anteriores, uma nova abordagem dos escritórios de advocacia com contratos feitos exatamente para determinado caso, com solução desenhada exatamente para atender as complexidades e os riscos do negócio, para os quais, inclusive, há uma necessidade ou um reclamo de afastamento da jurisdição estatal, com a inclusão de convenção de arbitragem, contendo cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Sobre esse ponto, tecendo um lúcido panorama histórico da década de 1990 e dos impactos na advocacia brasileira, Vitor Augusto José Butruce pondera que, além dos novos

⁴⁷FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 93.

⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 103-104.

⁴⁹FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, *cit.*, p. 101.

investimentos e de uma legislação mais propícia para a sua asseguarção, com reforço de instrumentos de garantia e o prestígio da arbitragem comercial como solução de conflitos, o período trouxe também um novo horizonte de desafios à atividade empresarial e aos assessores jurídicos. Daí, conclui ele que:

Cumprir ressaltar que o fluxo de novos negócios observado a partir da década de 90 foi acompanhado pela maior complexidade dos documentos contratuais, motivada por diversos fatores. Um deles foi a existência de uma geração de profissionais habituados ao intercâmbio em universidades e escritórios estrangeiros, muitos dos quais com passagem por instituições norte-americanas, cuja experiência serviu para mudar o perfil das firmas de advocacia: elas passaram a líder com ‘novos clientes e operações pouco familiares’, muitas vezes envolvendo companhias estrangeiras em vez de clientes locais, e se tornaram mais comuns operações que antes eram ‘raramente vistas no Brasil, como fusões e aquisições internacionais e emissões internacionais de ações e títulos.’ [...] Assim, a abertura econômica da década de 90, com a onda de privatizações, concessões de serviços públicos e incremento de investimentos privados por grupos estrangeiros, encontrou no Brasil grupos de escritórios e profissionais já preparados para incorporar padrões alinhados com o estilo de advocacia empresarial norte-americano. No mais, houve demanda dos próprios investidores para que, ao aportarem no Brasil, se adotassem instrumentos contratuais semelhantes aos que estavam acostumados em outras jurisdições – com forte inclinação para o modelo de cláusulados norte-americano⁵⁰.

A própria ideia de inseribilidade dos motivos⁵¹, veiculada pelos elementos acidentais no programa contratual, afasta o formato de adesão, conforme se verá. O campo, portanto, é fértil para o crescimento das discussões sobre os elementos **acidentais** do negócio jurídico e sua ressignificação em novos arranjos empresariais.

2 Elementos acidentais na estrutura negocial

Na divisão convencional dos elementos do negócio jurídico observa-se três classes de elementos: essenciais, naturais e acidentais⁵².

⁵⁰BUTRUCÉ, Vitor Augusto José. *O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado*. 2019. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 45-46.

⁵¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. t. 3, p. 102.

⁵²Ainda, fora da tripartição original, existem os denominados elementos integrativos os quais são exteriores ao negócio e constituem-se em requisitos legais de eficácia, como é o caso do registro ou de atos integrativos que provenham de autoridade pública, como uma determinada aprovação de uma aquisição de companhia, imagine-se, pelo órgão de controle concorrencial, para que, só então, a operação societária (negócio jurídico) tenha eficácia. Sobre o elemento integrativo: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil*: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. 2, p. 154. Nesse sentido também, originalmente: “Nos negócios jurídicos, exclusivamente, enquanto os elementos nucleares (cerne e completante) dizem respeito à sua existência e os complementares, à sua validade ou eficácia, há espécies em que são necessários atos jurídicos praticados por terceiros, em geral autoridade pública, que o integram, mas, apenas, no plano da eficácia. Esses atos integrativos, como os denominamos,

Os elementos essenciais comportam um detalhamento analítico que está muito longe de ser ocioso: a existência de elementos essenciais para todos os negócios em geral e de elementos essenciais para cada tipo legal em particular. Na primeira acepção, são essenciais para todos os negócios em geral os requisitos de validade: agente capaz; declaração de vontade livre e sem vícios (sem erro, dolo, coação); objeto lícito determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei⁵³. Vale destacar que os elementos essenciais não prescindem da relação entre formação e validade do negócio jurídico, assim, eles também se mostram requisitos de validade do negócio jurídico⁵⁴. A relação entre o artigo 104 e o artigo 166, ambos do Código Civil, aponta que onde não há agente capaz, objeto lícito ou forma prescrita ou não defesa em lei há negócio inválido.

Na segunda acepção, os elementos essenciais são estipulações que “caracterizam ou contradistinguem” o tipo negocial de figuras próximas⁵⁵. Os primeiros dizem respeito ao ato em si, os segundos à qualificação contratual.

Os elementos naturais, segundo L. Cariota-Ferrara, são as consequências que derivam da própria natureza jurídica de um determinado negócio, de modo que as partes não precisam fazer especial declaração de vontade nesse particular, já que a lei os estabelece. Ao contrário, a declaração específica de vontade é necessária para afastá-los⁵⁶.

Por fim, os elementos acidentais são aqueles que estabelecem efeitos jurídicos distintos daqueles fixados em lei; são desvios do tipo legal que podem ser muito variados, como explica von Tuhr⁵⁷. Na mesma linha, Manuel A. Domingues de Andrade observa que os elementos acidentais são cláusulas que não são indispensáveis para a validade ou caracterização do negócio jurídico, ou para individualizar o tipo concreto, entretanto, “não

não compõem o suporte fático do negócio jurídico e, portanto, não interferem quanto à sua existência, validade ou eficácia própria, mas atuam no sentido de que se irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 97.

⁵³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico, cit.*, 1983. v. 2, p. 34-35. Atenção para a divisão proposta por Antônio Junqueira de Azevedo, na qual os elementos categoriais são elementos que distinguem os tipos de negócio. Veja-se: “Assim, a classificação que fazemos dos elementos do negócio jurídico é: a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, cit.*, p. 32. Santos Cifuentes lembra que, para alguns, a causa também seria um elemento essencial do negócio jurídico. CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 163.

⁵⁴ CARIOTA-FERRARA, L. *El negocio jurídico, cit.*, p. 90. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico, cit.*, p. 400.

⁵⁵ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico, cit.*, 1983. v. 2, p. 34.

⁵⁶ CARIOTA-FERRARA, L. *El negocio jurídico, cit.*, p. 91.

⁵⁷ TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos, cit.*, v. 2, p. 177.

se limitam a reproduzir disposições legais supletivas, antes se tornam necessárias para que tenham lugar os efeitos jurídicos a que tendem”⁵⁸. Ainda sobre os elementos acidentais do negócio jurídico, vale lembrar que a condição, o termo e o encargo são os mais usuais. Entretanto, não há limitação para esses elementos, respeitados os limites gerais da autonomia privada. Para Cariota-Ferrara, é inadequado denominar de elemento acidental toda e qualquer cláusula especial – como cláusula penal, arras, dentre outras – quando não são elementos de eficácia do negócio, o que reduz as possibilidades⁵⁹.

É válido frisar que a divisão dos elementos do negócio jurídico em relação à alegada acidentalidade não deixa de ser um tanto artificial e, de acordo com Penteado,

um tanto escolar da complexidade dos fenômenos que se verificam na praxe da vida das operações econômicas. Tem-se entendido, de modo geral, que o negócio jurídico é um todo, o que implica uma concepção da vinculação negocial dele decorrente como uma totalidade ordenada⁶⁰.

O negócio jurídico tem como objetivo a autorregulação dos efeitos entre as partes, o que compõe a vontade de resultado, assim, é natural, nesse contexto, que uma condição, um termo ou um encargo (cláusulas típicas) integrem-se àquela autorregulação como fruto de uma manifestação de vontade de resultado que é unitária, incidível. Uma vez aposta a cláusula acessória, fica claro que a vontade de resultado traz um elemento circunstancial que, para as partes, é decisivo. Daí, na organização do negócio jurídico concretamente focalizado, todos os elementos são essenciais porque, retirado qualquer um deles, aquele não haveria. É tranquilo o posicionamento de que os elementos objetivamente acidentais são subjetivamente essenciais. Uma vez apostos no negócio jurídico, integram-se completamente⁶¹. Os elementos acidentais não são meras **pertenças** do negócio jurídico;

⁵⁸ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico*, em especial negócio jurídico, *cit.*, 1983. v. 2, p. 36.

⁵⁹CARIOTA-FERRARA, L. *El negocio jurídico*, *cit.*, p. 92.

⁶⁰PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 472. Duas passagens põem relevo na questão: “Assinale-se, por fim, que a velha referência aos *essentialia* mantém hoje um alcance semântico diverso. Os ‘elementos essenciais’ do negócio são aqueles que, *in concreto*, melhor o retratem, de modo a permitir uma rápida apreciação do seu mérito intrínseco. [...] A distinção tradicional entre elementos essenciais, naturais e acidentais, na medida em que mescle realidades diferentes, deve ser abandonada. Há que, sobre a realidade em causa, fazer incidir um esforço de análise que permita retratar, com maior fidelidade, as realidades em jogo.” MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*. 5. ed. com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2021. v. 2, p. 120.

⁶¹CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*, *cit.*, p. 165. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 75. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva*. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17. VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, *cit.*, p. 15. L. Cariota-Ferrara, entretanto, adverte “*si de los elementos añadidos por las partes depende la propia validez*

geneticamente, nascem com a mesma declaração de vontade e, portanto, não são destacáveis do todo. Mais ainda, a correta e acurada avaliação de seu verdadeiro papel dentro do esquema contratual é fundamental, sob pena de malbaratar os reais interesses em jogo.

A condição não é, via de consequência, uma manifestação posterior de autolimitação da vontade das partes. A ideia é incorreta. A condição nasce com a vontade das partes, integra-a de modo inseparável, o que pode resultar, na linha da orientação acima, em uma percepção mais crítica do atributo da **acidentalidade**. O próprio evoluir da elaboração mental que leva à declaração da vontade condicionada dá um vislumbre disso, que afirma a centralidade da condição, quando vista da perspectiva de quem declara, como a perspectiva correta para interpretar o negócio.

Nesse ponto, Nehemias Gueiros compreendeu que o estudo da condição, como aliás, do termo e do encargo, pressupunha discutir sua posição dentro do ato de vontade, mostrando-se um crítico da classificação das três cláusulas acessórias típicas como **modalidades dos atos jurídicos**, tal como constava do Capítulo III. Das Modalidades dos Atos Jurídicos, Título I – Dos Atos Jurídicos, Livro III – Dos Fatos Jurídicos, da Parte Geral do Código Civil de 1916⁶². Refazendo o percurso desde Savigny, Gueiros destacou a discussão sobre se as três cláusulas restritivas dos atos jurídicos (na ocasião, o conceito de negócio ainda não estava entronizado) representavam ou não autolimitações da vontade, mas, daí, observou que o objeto do ato de vontade não tem acessórios, há somente uma coisa. A vontade é pura e simples, na condição, no termo e no encargo; o que não é pura e simples, é a relação jurídica daí derivada, denominada modal⁶³.

Da classificação da condição, do termo e do encargo como **obrigações modais** para **modalidades de atos jurídicos**, o autor explica que foi um processo de metonímia:

Parece que essa designação nasceu do facto de se chamarem obrigações **modaes** ou negócios jurídicos **modaes**, a todos aqueles que não fossem puros e simples, mas existissem **sub conditione**, **a termine** ou **sub modo**. De actos jurídicos **modaes** não houve difficulade em passar-se a falar de ‘modalidades dos actos juridicos’, numa perfeita figura de metonymia⁶⁴. (Destques no original.)

del negocio, entonces se puede hablar de elementos esenciales, pero si de éstos depende la sola eficacia, entonces no debe denominarseles esenciales esenciales en ningun sentido, si como, según se ha dicho, se debe evitar definir ‘como esenciales’ los elementos exigidos por la ley, pero operantes sólo sobre la eficacia del negocio”. CARIOTA-FERRARA, L. *El negocio jurídico*, cit., p. 92.

⁶²GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Comercio, 1935. p. 7.

⁶³*Id. Ibid.*, p. 16-17.

⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 13.

Mesmo assim, com acuidade observa que modalidades de atos jurídicos devem ser as espécies de negócios jurídicos, nunca as cláusulas que se apõem a esses mesmos negócios, sob o epíteto de acessórias ou acidentais⁶⁵.

Exatamente, ser acidental significa apenas que o elemento não importa para a qualificação do tipo, mas, quando integrado à declaração de vontade, sua importância não é menor para o negócio concretamente considerado⁶⁶. Ser acessório, por sua vez, não elimina o papel fundamental que, frequentemente, exerce naquele específico programa contratual. Tanto assim que o erro sobre a condição pode, em determinados casos, implicar erro sobre a própria base do negócio jurídico⁶⁷. Nesse quesito, a avaliação da essencialidade do erro será ditada pelo artigo 139 do Código Civil, estabelecendo como essencial o erro em razão do qual o negócio tenha sido concluído⁶⁸. Também o artigo 140 do Código Civil alude à situação em que o motivo será essencial. O exemplo dado por Nestor Duarte, a respeito da doação, é ilustrativo, daí, então, a doação feita em contemplação a um mérito (art. 540 do Código Civil) será inquinada de invalidade por erro caso se verifique que o contemplado “não teve o mérito suposto”⁶⁹.

Também na doação com encargo, a falta de cumprimento do encargo poderá gerar, por ação do doador, revogação da mesma, a teor do artigo 562 do Código Civil. Logo, o encargo, dentro da estrutura do negócio é *principaliter*, sendo já consagrada a lúcida percepção de Luciano de Camargo Penteado acerca do tema, para quem a questão da doação com encargo deve ser enfocada desde uma perspectiva mais rica, mais nuançada, eis que a doação com encargo constitui uma doação motivada⁷⁰.

Para Ferrer Correia, só quando o contratante enganado tiver declarado, de modo expresso, a contraparte “os motivos essenciais de sua conduta, é que pode realmente pensar-se em atribuir relevância a um erro que tenha viciado a formação de sua vontade

⁶⁵GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil, cit.*, p. 13-14.

⁶⁶TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Notas sobre a condição no negócio jurídico. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 16, p. 63, jul./set. 2018.

⁶⁷PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo, *cit.*, p. 473.

⁶⁸ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico, cit.*, 1983. v. 2, p. 237.

⁶⁹DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 140. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010. p. 119.

⁷⁰PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Millenium, 2004. p. 181. No limite, encarecendo a importância que o encargo ou modo pode assumir, o mesmo autor, conclui: “A importância que o modo assume na doação pode ser tamanha que, de mero fim, ainda que anexo, passe a estar em relação de dependência com a atribuição ou promessa de atribuição liberal. Esse vínculo, quando causal, entre o suposto modo e o objeto da liberalidade hipotética, descaracteriza a doação, consistindo na essência mesma de um contrato comutativo.” *Id. Ibid.*, p. 370.

contratual”⁷¹. Ora, se a discussão entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva da declaração da vontade veio a ser temperada pela teoria da responsabilidade e pela teoria da confiança, é no erro que confluem essas figuras. Alguém que não manifestou determinado motivo não pode, posteriormente, alegar erro sobre o mesmo, surpreendendo a parte contrária. Aqui vale a aplicação da teoria da confiança gerada na outra parte, inocente em relação ao erro.

Colocando em perspectiva a classificação dos elementos do negócio jurídico, há um criticável esquematismo afim com a jurisprudência dos conceitos⁷² e incompatível com a realidade do tráfego negocial, especialmente em um tempo – goste-se ou não – em que a tendência é uma legislação carregada de **cláusulas abertas** em que o conseqüente normativo será preenchido pelo aplicador e não previamente desenhado pelo legislador. Outro fato que denuncia a obsolescência dessa classificação são os contratos atípicos ou inominados, especialmente quando os elementos acidentais são utilizados com um propósito diferente do original, como é o caso da condição suspensiva como garantia. A atipicidade, em certa medida, desmonta essa classificação porque no contrato atípico muita coisa pode ser essencial, exigindo, inclusive, o exame mais detido da causa concreta do negócio.

Nesse diapasão, o lugar-comum que afirma que os elementos acidentais são aqueles que não importam para a qualificação jurídica do tipo fica bastante fragilizado; como nota a doutrina, os elementos acidentais do negócio jurídico “são o instrumento privilegiado para a construção de contratos atípicos de tipo modificado e podem também configurar subtipos, como sucede no caso da doação modal”⁷³. Nesse passo, também é oportuno o reforço teórico

⁷¹FERRER CORREIA, A. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 2. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2001. p. 120.

⁷²Tratando da atitude metodológica da denominada “jurisprudência dos conceitos” e criticando-a: MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1989. p. 41. Também, confira-se: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 495. Sobre a atitude metodológica oposta, da denominada “jurisprudência dos interesses”, confira-se: “Na verdade, os interesses que a lei pretende proteger são grandezas históricas, isto é, reais. São desejos e aspirações que existiram realmente na mente de homens reais. E não se sacia um homem esfomeado dando de comer ao seu retrato, por mais artístico que seja. Os interesses reais, determinantes da lei, só podem ser satisfeitos por um método de interpretação que habilite o juiz a conhecê-los histórica e perfeitamente e a tê-los em conta na decisão dos casos concretos. Esses interesses reais nada aproveitam com o facto de uma teoria jurídica apresentar ao juiz como ideal ou como critério de orientação da sua sentença, bens e aspirações porventura completamente diferentes.” HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 67.

⁷³“Os ‘accidentalia’ podem ser mais ou menos típicos. Tradicionalmente considerados típicos, a condição e o termo, sendo estipuláveis na generalidade dos tipos, são considerados gerais e por isso são regulados alhures, na parte geral, na companhia dos requisitos e pressupostos, dos chamados elementos essenciais a todos os negócios. Outros elementos acidentais menos típicos configuram subtipos. É o que se passa, na venda com reserva de propriedade, com a modificação do regime da transmissão da propriedade, que fica associada ao pagamento do preço em vez de o estar ao fecho do contrato. Estes elementos acidentais são constituintes de subtipos. A lei tipifica o termo, a condição e o modo, em geral, tomando-os como elementos acidentais típicos relativos à generalidade dos negócios. Outros elementos acidentais menos típicos, ou subtípicos, são regulados a propósito dos subtipos que constituem. Os elementos acidentais atípicos são inseridos nos

de João de Oliveira Geraldês partindo da mesma ideia para afirmar que “com a aposição de uma condição as partes estipulam um verdadeiro subtipo contratual”⁷⁴.

Em conclusão, os elementos acidentais também importam para a qualificação jurídica e para o regime jurídico aplicável à espécie; por exemplo, se há condição aposta ao negócio, há uma fase de pendência que tem regime próprio previsto em lei. Os pactos adjetos também acidentais ao contrato de compra e venda conduzem a um determinado regime jurídico próprio, de onde conclui-se que, mesmo se tratando de subtipos, há uma importância desses elementos para a qualificação jurídica da espécie concreta analisada pelo jurista e, com fins práticos, para a escolha do tratamento jurídico que lhe é próprio. Não bastasse isso, em rigor, os elementos acidentais compõem uma estrutura de tipos contratuais gerais constituída pelos negócios condicionados, negócios a termo e negócios (unilaterais) com encargo⁷⁵.

Assim, a irrelevância do elemento acidental para fins de qualificação jurídica é afirmação que não se mantém: primeiro, porque se trata de regime jurídico próprio; segundo, porque se está a falar de um subgrupo de estruturas contratuais com características comuns que compõem subtipos contratuais gerais, com enfática atenção para o regime de proteção de direitos incidente na fase de pendência, quando se pensa em condição e termo e o elemento descritivo é mais enfatizado do que o elemento definidor propriamente unívoco do pensamento conceitual.

Faz-se aqui um parêntese para precisar o que é conceito e o que é tipo, considerando a diferenciação aplicada por Pedro Pais de Vasconcelos: (i) conceito geral e abstrato é o esquema mental que agrupa o que há de comum nas diversas unidades individuais que o constituem, escandindo do raio conceitual aquelas notas incomuns e específicas; é construído por indução e seu alcance é variável conforme o número de notas que envolve, de onde, conclui o autor: “a extensão do conceito aumenta pela redução do número de notas que o integram e reduz-se pelo seu aumento: quanto mais atributos integrarem o conceito, menor parcela da realidade será por ele designada, menos extenso será o seu âmbito”⁷⁶; (ii)

contratos por estipulação das partes, no exercício da autonomia.” VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 85.

⁷⁴GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 117.

⁷⁵Os subtipos dos negócios condicionados e a termo, inclusive, possuem em comum a fase da pendência. Conforme já se observou, “determinadas características sublinhadas em figuras contratuais possibilitariam o destaque de classes de estruturação de contratos mais amplas, que se inseririam mediatamente entre a teoria geral dos contratos e os contratos típicos.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 5, v. 16, p. 124, jul./set. 2018.

⁷⁶VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos, cit.*, p. 26.

já o tipo forma-se por uma operação diferente, eis que no conceito é fundamental agrupar notas comuns e excluir peculiaridades, ao passo que na “formação dos tipos, pelo contrário, a realidade referida ou designada é aglomerada, é enquadrada, sem abstracção do incomum”⁷⁷; conclui Pedro Pais de Vasconcelos que: “Os tipos juntam o comum e o incomum em torno de algo que constitui o critério de tipificação e que dá coerência ao conjunto”⁷⁸.

A ênfase do conceito é a precisão porque sua construção é vinculada à ablação daquilo que é diferente, reunindo apenas e tão somente as características comuns, o que, de um lado, traz precisão e, de outro, diminui (exatamente porque não é sua finalidade) a possibilidade de captação de nuances. Em relação ao tipo, cujos elementos tipológicos podem inclusive ser graduáveis, a ênfase está na associação; o encadeamento dos tipos, por um lado, não contém a precisão do conceito e, por outro, possui um sentido mais fino de captação dos detalhes entre espécies diferentes – a visão do todo mantém-se porque a

[...] matéria designada por um tipo pode também ser designada, em diversas partes, por diversos tipos numa constelação ou plano de tipos. Em todos estes casos, os indivíduos designados nada perdem da sua identidade e integridade porque em todas estas operações do pensamento do geral não ocorre a abstracção do que quer que seja⁷⁹.

Lícito inferir, portanto, que o conceito enfatiza **estrutura** e o tipo, com contornos menos preciso, é descritivamente muito mais rico, enfatizando a **função**, exatamente porque há uma possibilidade de graduação dos elementos dentro da sua estrutura interna, o que não se dá no conceito que, sem um elemento constituinte próprio, deixa de ser.

Os tipos têm um sentido e uma coerência interna. As características do tipo não se aglomeram anarquicamente, de qualquer maneira. Existe um sentido que ordena as características, uma coerência interna que explica o modo como se relacionam. O que distingue uma venda por preço baixo de uma doação modal com um ônus pesado não é apenas a equação econômica, a relação de valor, mas o sentido de cada uma. Enquanto o preço, mesmo baixo, é tipicamente a contrapartida econômica da coisa vendida, o ônus, ainda que pesado, não é. Os tipos permitem também a apreensão e o entendimento do sentido interno dos tipos jurídicos – designadamente dos tipos contratuais, dos tipos de direitos reais, dos tipos de crimes – e bem assim os ‘nexos de sentido’ que se verificam nas regulações⁸⁰.

Vale lembrar do bem colocado debate sobre os métodos para qualificação jurídica do contrato, pressuposto básico para o primeiro passo do percurso interpretativo, de onde surge

⁷⁷VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos, cit.*, p. 38.

⁷⁸*Id. Ibid.*, p. 38.

⁷⁹*Id. Ibid.*, p. 38.

⁸⁰*Id. Ibid.*, p. 45.

a dicotomia entre *essentialia* e o método tipológico – lembrando que o tipo fechado não é o normal e é utilizado apenas no Direito Tributário e no Direito Penal. No direito contratual, há uma perspectiva diferente, pois, se nos tipos fechados, sem a completa coincidência, não se aplica a norma (*rectius*: incide), no âmbito da autonomia privada, o contrato atípico também é objeto de tutela⁸¹. No segundo passo, constata-se que, dada sua fluidez, os tipos, em verdade, “envolvem características graduáveis, o que faz com que eles se relacionem entre si horizontalmente, e não verticalmente, isto é, hierarquicamente”⁸². Enfim, no terceiro passo desse percurso interpretativo, o que se têm são índices do tipo, mais ou menos, variáveis, cujos contornos auxiliam no processo de identificação da figura em análise, afastando da qualificação a visão binária que constata ou não os elementos essenciais do tipo, visão esta inerente ao formato vigente, oriundo do pensamento essencialista que mascara a realidade subjacente ao negócio, qualificando-o de maneira excessivamente reducionista, perdendo por vezes aspectos importantes do que está realmente em jogo.

No caso, como se viu, para os negócios sob condição ou a termo, a fase de pendência é o índice mais sonante, correlacionado com a futuridade (uma vez que, se o fato é presente ou passado, não há pendência). Logo, havendo a fase de pendência o regime será, possivelmente, um desses dois, sendo que o outro índice, sequencial ao primeiro, consiste em confirmar se o evento condicionante é incerto ou certo quanto à sua efetiva ocorrência, para definir se há termo ou encargo.

A vantagem do método tipológico, segundo nos parece, deriva de sua aderência à realidade, pois, (i) o tipo sempre tem um fundo social evidenciado, ou seja, há uma memória coletiva a respeito da figura, ainda que já esteja tipificada legalmente; (ii) o tipo nasce da prática, no mais das vezes, antiquíssima como no caso da compra e venda; e (iii) também deriva da flexibilidade e da adaptabilidade como lida com as figuras que não se reconduzem ao tipo ou se reconduzem de forma mais ou menos fraca. Não há, como se diz, **dificuldade metodológica** em se trabalhar com figuras limítrofes propostas pela realidade dos negócios⁸³.

⁸¹KONDER, Carlos Nelson. Técnica legislativa contratual e o embate entre *essentialia* e método tipológico. *Revista dos Tribunais Online*, p. 2, 2021. [Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 8, v. 26, p. 61-84, jan./mar. 2021]. Disponível em: <https://konder.adv.br/wp-content/uploads/2021/05/Tecnica-legislativa-contratual-v-digital.pdf>.

⁸²*Id. Ibid.*, p. 3.

⁸³“Uma vez que os tipos são ‘ilhas’ de enunciados normativos que não estão previamente delimitados de forma rígida entre si, podendo sobrepor-se e deixar espaços descobertos, a qualificação dos contratos com base no método tipológico lida, sem qualquer dificuldade metodológica, com figuras concretas que não podem ser subsumidas a um tipo, seja porque não se encaixam perfeitamente em nenhum deles, seja porque se encaixam em mais de um deles. Admite-se, sem qualquer sinal de reticência ou anormalidade, as novas construções

Some-se a isso o fato de que, na estrutura negocial, os elementos acidentais individualizam o negócio, situando-o no contexto vivencial das partes, tornando-o próximo daquela realidade, e, nem sempre (na verdade, quase nunca) são acessórios, mas sim, principais em relação aos fatos subjacentes à tomada de decisão para concluir o negócio.

Se a condição permite querer, sem temer o futuro, ampliando o alcance da vontade das partes, não se pode negar a centralidade que o elemento condicional assume nos negócios em que concretamente é aposto. Como afirmou Pontes de Miranda, sobre a condição permitir ao agente querer sem temer o futuro: “Quem condiciona tem dúvida sobre o futuro. Ao realizar-se a condição, a dúvida sobre o futuro – que é objetiva – se desfaz. A dúvida subjetiva, essa, irrelevante para o direito, não atinge a extensão, no tempo, da eficácia do ato jurídico”⁸⁴.

Do ponto de vista prático de quem contrata, dizer que a condição é elemento acidental é negar a realidade: a condição é elemento essencial e o contratante quer, exige, a fase de pendência como uma garantia para uma contingência cujo risco ele não aceita. Se aceitasse, sequer cogitaria de condicionar o negócio.

Discutindo exatamente a acessoriedade ou não da condição, Olivier Milhac observa que, do ponto de vista psicológico, se as partes se deram ao trabalho de erigir uma condição é porque, pelo menos para uma delas, o evento relacionado é muito importante, como exemplo, temos a aquisição de terreno sob condição suspensiva de obtenção de um alvará de construção. Sem essa autorização administrativa para construir, o interesse do comprador no negócio será nenhum⁸⁵. Assim, Milhac dialoga com Luciano de Camargo Penteado,

que a vida concreta vem a originar, pois, ‘para a consideração tipológica, o contrato pode em certos aspectos integrar-se num tipo e noutros no outro, ou unir em si, de forma específica, traços de diferentes tipos num novo tipo’. Dessa forma, o método tipológico determina que a fronteira entre tipos e a fronteira entre o típico e o atípico se torne basicamente uma longa zona de transição.” KONDER, Carlos Nelson. Técnica legislativa contratual e o embate entre essencialia e método tipológico, *cit.*, p. 11. Sobre o método tipológico, confira-se ainda a afirmação de que o mais importante, no caso, não é o tipo em si, mas a forma de pensar tipologicamente. O que há, então, são dois modelos de pensamento que, aliás, não são excludentes entre si, como observa Vasconcelos, “O tipo e o conceito, nesta série bipolar, estão sempre inseparavelmente ligados: ‘os conceitos sem os tipos são vazios; os tipos sem os conceitos são cegos’. Não há que escolher entre o conceito e o tipo porque eles se completam; há sim que perguntar como podem uns e outros ajudar a compreender e a exercer melhor o Direito.” VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*, *cit.*, p. 88-89.

⁸⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, *cit.*, t. 5, p. 125. Sobre o alargamento do alcance da vontade, von Tuhr: “*La figura jurídica de la condición amplía de manera muy valiosa la autonomía de las partes; permite al sujeto jurídico adaptar los efectos de su voluntad a los diferentes aspectos de lo por venir, según como los considera posibles, y, especialmente en las disposiciones de última voluntad, le permite tomar en consideración acontecimientos futuros.*”. TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*. Madrid: Marcial Pons, 2005. v. 3, p. 244.

⁸⁵MILHAC, Olivier. *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*. Paris: LGDJ, 2001. p. 118-119. (Bibliothèque de Droit Privé). Em outra passagem o mesmo autor afirma que a condição é um mecanismo que imprime flexibilidade, porque permite uma seleção das obrigações em que poderá prender-se e porque permite ainda a conclusão de um acordo levando em conta eventos futuros e incertos que poderão impactar

quando este último destaca a “essencialização” dos elementos acidentais, a depender do contexto do negócio, o que altera até sua base objetiva⁸⁶.

Por fim, do ponto de vista do negócio concreto, a função da condição é essencial, pois ela interfere no consentimento mesmo da parte ou das partes que criaram um condicionamento da eficácia do negócio, para a hipótese de ocorrência ou não de determinado fato futuro e incerto.

Encerrando essa etapa de problematização da questão, há quem sustente que, mesmo do ponto de vista do tipo abstrato, a essencialidade da condição é defensável. Tal como explica Ana Isabel Afonso, ao dissertar sobre a doutrina italiana mais recente, a condição pode assumir posição de centralidade no esquema abstrato, eis que “os interesses tutelados pelo mecanismo condicional podem contender com a própria causa do contrato e afetar a estrutura típica do negócio jurídico”⁸⁷.

Com efeito, o autor italiano Gaetano Petrelli arrola uma série de exemplos, todos com foco na promessa condicionada a uma prestação⁸⁸, em que se constata que a hipótese

no contrato em curso. A condição, continua ele, permitirá ter em conta passar do não-direito para o direito, organizando seus efeitos. Nesse sentido, a condição é um meio de luta contra a imprevisão que está à disposição das partes. MILHAC, Olivier. *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, cit., p. 121. Vale, entretanto, uma crítica: a condição não permite passar do “não-direito” para o “direito”, a expressão não dá a dimensão técnica do fenômeno. Insista-se, a condição pendente não é não-direito, eis que há pretensão exercitável em defesa do direito expectativo que já existe enquanto tal, conforme se verá.

⁸⁶PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo, cit., p. 473. Sobre o tema, vale agregar a seguinte observação, demonstrando um vislumbre nessa mesma linha: “*La distinción entre elementos esenciales, naturales y accidentales se refiere al negocio jurídico en general o a determinados tipos de negocio considerados en abstracto. Sin embargo, desde el punto de vista de las partes que celebran un negocio serán elementos esenciales de éste no sólo los que definen el tipo de negocio, sino también cualquier otro al que alguna de ellas, en su declaración, atribuya importancia decisiva para la conclusión del negocio; por ejemplo, el comprador considera esencial para la conclusión de la compraventa que la cosa le sea entregada en determinado lugar.*” GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *Parte general del derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1983. p. 323.

⁸⁷AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*. Porto: Universidade Católica Editora, 2014. p. 128.

⁸⁸O autor esclarece que a “*promesse condizionate ad una prestazione*”, ou promessa *ob causam*, é configurada como fatispécie negocial, com estrutura unilateral ou contratual, caracterizada pelo fato de que, diante de uma prestação da parte de um sujeito, não existe uma contraprestação em sentido técnico, como qualificar a transação como bilateral, havendo, isso sim, uma prestação deduzida em condição, sendo passível de apreciação econômica e, como resultado do seu cumprimento, a parte obtém, no final, um resultado semelhante àquele dos contratos bilaterais. Exemplos disso, dentre outros, são a promessa ao público de uma prestação condicionada a certa atuação; a promessa de prêmio de produtividade ofertada pelo empregador em caso de atingimento de um resultado especial; a promessa entre a sociedade esportiva e o atleta, na qual um determinado valor é devido em razão do atingimento de um resultado competitivo. PETRELLI, Gaetano. *La condizione ‘elemento essenziale’ del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 97-102. Nesse ponto, nota-se que o mecanismo da condicionalidade, no caso da importante diferenciação entre comissões e prêmios, para o Direito do Trabalho, é central, conforme entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), seção de Dissídios Individuais-1: “[...] Com efeito, ao laborar em sobrejornada, aquele empregado comissionista, ao receber a contraprestação pela produção alcançada, já tem remunerada a hora trabalhada pela comissão correspondente. Assim, caso ele preste hora extra em determinado dia, o que ele receber pelas comissões já será suficiente para remunerar a hora simples em

condicionada alcança o máximo nível de interpenetração com o esquema causal, tanto em nível abstrato como concreto, porque o interesse fundamental do programa das partes não pode prescindir da condição, uma vez que o regulamento da negociação, na ausência da cláusula condicional, seria desprovido de causa⁸⁹.

Ainda, como circunstância de relevo, Petrelli propõe a distinção entre “acidentalidade” e “acessoriedade”, isto porque, a acidentalidade, via de regra, é mencionada em relação à espécie abstratamente considerada, dentro da divisão tradicional dos elementos do negócio jurídico, ao passo que, a acessoriedade é debatida já dentro do papel funcional que a condição exerce no negócio propriamente dito.

Petrelli desenvolve a seguinte argumentação para frisar a distinção. Primeiro, esquematiza as múltiplas acepções atribuídas à acidentalidade⁹⁰, do que vale recolher as mais importantes: (i) uma primeira e tradicional acepção enquadrando a **acidentalidade** como externa à estrutura típica do negócio e, portanto, não essencial para estabelecer o tipo ou o gênero do negócio, denominando-a “*accidentalità tipologica o qualificatoria*”; (ii) uma segunda acepção, também bastante repetida, em que a acidentalidade condiz com a não essencialidade estrutural e, via de consequência, para fins de existência e validade do ato, denominando-a “*accidentalità strutturale*”; (iii) uma terceira, focada na matéria, faz uma contraposição entre coelementos necessários e coelementos acidentais de eficácia do negócio jurídico, sendo coelementos acidentais aqueles que, importando à eficácia do ato, não são essenciais – ao contrário dos elementos que identificam objetiva e subjetivamente a transação – para a “*struttura intrínseca dell’effetto*”, denominando essa acepção de “*accidentalità effettuale*”⁹¹; e (iv) um último modo de ver o elemento acidental tem como

sobrevalor, devendo o empregador pagar-lhe, ainda, apenas o adicional correspondente. [...] Por outro lado, quanto aos prêmios a realidade é outra. Como se trata de parcela-condição, de natureza salarial, que somente será paga caso o empregado implemente condição previamente fixada, a contraprestação pelo resultado alcançado não remunera a hora laborada em sobrejornada (hora simples), como fazem as comissões, de modo que o pagamento apenas do adicional, como preconiza a parte final da Orientação Jurisprudencial nº 397 da SbDI-1 desta Corte, revelaria prejuízo ao obreiro, que não teria sua hora paga.” TST, E-ARR-594-53.2011.5.04.0014, SbDI-1, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 23.05.2019, DJET 31.05.2019. A presença ou não da condição, no exemplo, é decisiva para qualificar a verba recebida. Se é prêmio, sua causa é o atingimento da meta (suprimento da condição). Logo, esse valor não remunera a sobrejornada, remunera o atingimento da meta (fato futuro e incerto).

⁸⁹PETRELLI, Gaetano. *La condizione ‘elemento essenziale’ del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*, cit., p. 103.

⁹⁰*Id. Ibid.*, p. 271-272.

⁹¹Diz o autor: “*sotto altro profilo, si è ravvisata la caratteristica in oggetto nell’ambito della contrapposizione tra coelementi necessari e coelementi accidentali di eficácia del negozio giuridico, definendo questi ultimi come quelle concause di efficácia che – a differenza dai coelementi che individuano i termini di riferimento, oggettivo e soggettivo, del negozio – non sono essenziali ai fini della struttura intrínseca dell’effetto (accidentalità effettuale).*” *Id. Ibid.*, p. 272.

base a denominada “*prova di resistenza*”⁹², pela qual eliminando-se mentalmente o coelemento accidental, o programa contratual não é alterado, daí que o coelemento que pode faltar, sem alterar a relevância ou a eficácia programática do conteúdo negocial, é tido por accidental, cuidando-se da “*accidentalità precettiva in senso oggettivo*”.

Em seguida, Petrelli observa que a heterogeneidade de critérios conduz a uma necessária separação dos perfis da accidentalidade acerca da *fattispecie negoziale* em si e acerca do efeito jurídico gerado⁹³. Na realidade, a accidentalidade sempre irá derivar de uma abstração da situacionalidade do negócio jurídico, porquanto parece bem simples justificar que, se há condição para alguém ou para ambos, ela alberga interesses essenciais no concreto programa contratual⁹⁴. No que respeita aos efeitos concretos decorrentes do negócio jurídico condicionado, a classificação individual dos elementos em termos de accidentalidade e essencialidade não tem relevância, muito embora seja, por vezes, necessário distinguir entre efeitos principais e efeitos secundários. Concretizando, Petrelli afirma que não há relevância positiva ou apreciável utilidade teórica do requisito da accidentalidade, qualificando-o como relíquia histórica da elaboração dogmática da condição⁹⁵.

Não se confunda essa essencialidade com uma negação da acessoriedade, esta última mais ligada à ideia de que o acessório segue o principal e, por derivação lógica, se conclui que a invalidade ou ineficácia do negócio jurídico sempre implicará a invalidade também da cláusula condicional, muito embora, o contrário nem sempre seja verdadeiro⁹⁶. A acessoriedade se coloca pela própria função da cláusula condicional no contrato, em que se

⁹²O ponto diz com a accidentalidade a partir do esquema abstrato do negócio jurídico, tal como reconhece a doutrina: “Sem a condição, a declaração negocial opera de modo puro e simples, isto é, incondicionalmente. Em relação ao esquema abstrato, ainda que atípico – explica FALZEA -, o carácter accidental é encontrado mediante a designada ‘prova de resistência’, isto é, verificando-se que a exclusão da cláusula condicional não afeta o negócio na sua validade e relevância.” AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 127.

⁹³PETRELLI, Gaetano. *La condizione ‘elemento essenziale’ del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*, cit., p. 273.

⁹⁴A propósito, há quem sustente que a condição é um instrumento de seleção de interesses contratuais, salientando que a tendência de reconstruir e analisar as vicissitudes da vida contratual introduz uma perspectiva segura para repensar o modelo condicional, donde o fato futuro e incerto não é tanto o coeficiente para determinar os efeitos finais do negócio, mas um instrumento para seleção dos interesses contratuais, operando precisamente a seleção no sentido de subordinar, por um ato de autonomia, o interesse padrão veiculado pelo negócio a um interesse externo ao seu núcleo típico não reconduzível naturalmente à causa abstrata do contrato (finalidade econômico-social), de modo a adaptar os efeitos práticos deste às exigências reais das partes. TATARANO, Giovanni; ROMANO, Carmine. *Condizione e modus*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. p. 4. (Collana: Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato). Nesse sentido, inclusive citando Tatarano, veja-se: MAIORCA, Sergio. *Condizione (sintesi di informazione)*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, pt. 2, p. 211, 1984.

⁹⁵PETRELLI, Gaetano. *La condizione ‘elemento essenziale’ del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*, cit., p. 277.

⁹⁶*Id. Ibid.*, p. 277-278.

modula a sua eficácia. No entanto, como se verifica da ideia de incindibilidade da manifestação, mesmo a acessoriedade poderia ser objeto de debate, inclusive, porque há casos em que a invalidade da cláusula condicional implicará invalidade do negócio inteiro, como consta do artigo 123 de nosso Código Civil.

A propósito do tema, Geraldês enfatiza uma revisão topológica da condição dentro da concreta estrutura negocial, que, segundo nos parece, é mais aderente à **polifuncionalidade** do mecanismo condicional, vocacionado para a gestão de riscos desde **dentro** do programa contratual.

Geraldês faz um exercício de desconstrução, cujo percurso, em síntese, procura-se trazer aqui. Primeiro, ele propõe um confronto entre a questão da acidentalidade e a cláusula condicional, pois, a retirada da cláusula condicional não afeta a estrutura basal do negócio, de onde ele extrai a ideia da exterioridade da condição, pelo fato de que ela estaria fora dessa mesma estrutura. De acordo com Geraldês,

Aspecto chave para a descrição da **exterioridade** é, portanto, procurar entendê-la no plano do tipo abstracto. Tal plano permite encontrar a razão da **não pertença** – ou a sua putativa natureza de **corpo estranho** – que surge associada à cláusula condicional; e, bem assim, a consequente **exterioridade** que provoca relevantes consequências funcionais. Com efeito, não sendo elemento **essencial** do tipo abstracto, um **pré-entendimento qualificativo** coloca-a numa zona **externa e estranha**.

II. Bem se vê como esta construção parte do tipo abstracto, sendo possível verificar que este paradigma referencial condiciona a valoração da polifuncionalidade do contrato concreto. Por esta via, a condição teria de nos surgir – e surge – funcionalmente diminuída. No fundo, a **exterioridade** apresenta-se como um construtivismo que impossibilita a **valoração concreta** dos tipos contratuais condicionados. Avança-se imediatamente com a ideia de **exterioridade** – consequência da acidentalidade – para limitar a **polifuncionalidade** da condicionalidade voluntária⁹⁷. (Destaques no original.)

Esse modelo de raciocínio é exclusivamente conceitual porque, como se viu, ablativo daquilo que está **de fora** do molde conceitual. É uma simplificação da realidade, não uma releitura precisa desta. A pretexto do ideal de segurança e precisão perde-se exatamente o contato com a realidade normada que é o objetivo final da aplicação do direito positivo. Assim, a crítica do autor parece procedente. O reducionismo ao qual se chega por via da abstração daquilo que está fora do tipo legal não irá tornar a aplicação do direito mais efetiva e legítima, pelo contrário.

⁹⁷GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 139-140.

Depois, Geraldês observa, com apoio em Pedro Pais de Vasconcelos, que a automática associação dos elementos essenciais à validade contratual resulta de um equívoco, “o de que os elementos essenciais de todos os tipos de contratos são requisitos de existência e de validade do contrato e não podem ser perspectivados de modo diverso”⁹⁸. Geraldês observa que, dentro do gênero elementos essenciais, há uma distinção importante a ser operada, já referida anteriormente⁹⁹, cuja influência para o ponto a ser demonstrado é capital: os elementos essenciais, na acepção de requisitos de validade, têm a ver com a legalidade do ato; os elementos essenciais, na acepção qualificativa, apenas definem o tipo; na sua ausência, tem-se outro tipo legal¹⁰⁰. Nem todo elemento essencial é requisito de validade, sendo mais afim com o conteúdo regulativo do contrato do que com o plano da validade em si. Daí, para alguns, melhor seria se eles fossem designados como requisitos¹⁰¹.

Nessa linha e na esteira da observação de Antonio Junqueira de Azevedo, é relevante observar que os requisitos de validade “são as qualidades que os elementos devem ter”¹⁰². Ou seja, ainda se está distante do negócio enquanto **vontade de resultado**, o que só se dará quando atingido o plano da eficácia; e, com efeito, não é preciso dizer que os elementos essenciais sempre entroncam com o plano da validade.

Em relação à causa, afasta-se a causa abstrata, enquanto função econômico-social, para aderir à causa concreta, enquadrada como função econômico-individual, “querendo com isto significar-se que, no contrato, sendo este considerado *lex privata*, a causa surge como o elemento que concretamente une a operação econômica aos seus Autores”¹⁰³. Daí,

⁹⁸GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 145.

⁹⁹Quando da referência à doutrina de Manuel Domingues de Andrade na p. 30. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, *cit.*, 1983. v. 2, p. 30.

¹⁰⁰GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 145. Da menção a Pedro Pais de Vasconcelos, vale aprofundar e trazer o seguinte trecho, que alerta para certo grau de equivocidade e aponta para uma dupla natureza dos *essentialia*. “Esta equivocidade vem do facto de que os elementos essenciais de todos os contratos são requisitos de existência e validade do contrato, enquanto que os elementos essenciais do tipo têm a ver com o conteúdo e correspondem à listagem das notas definitórias indispensáveis à subsunção; os primeiros têm a ver com o contrato como acto e os segundos com o contrato como regulação. Assim e como se pode ler em COELHO DA ROCHA, a falta dos primeiros tem como consequência a invalidade, enquanto que a falta dos segundos tem como consequência uma diferente qualificação; faltando os primeiros o contrato é inválido, enquanto que, faltando os segundos, ele é válido, mas não é daquele tipo.” VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*, *cit.*, p. 79-80.

¹⁰¹Sobre o tema, destacando a divergência de nomenclatura na doutrina brasileira, confira-se: ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99.

¹⁰²JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, *cit.*, p. 42.

¹⁰³GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 200.

não se pode aceitar que a condição esteja **de fora** da causa típica, uma vez que as próprias atuações da autonomia privada e do princípio do consensualismo colocam em linha de prioridade não a causa abstrata, mas aquela denominada causa concreta, retirando as amarras que relegariam a condição à **exterioridade causal**. Com razão, Geraldês rejeita a “dicotomia interior vs. exterior para sindicarem o âmbito da condicionalidade suspensiva voluntária”¹⁰⁴. Isso porque ele não considera possível **absolutizar** uma análise apriorística da função e do valor dos elementos do contrato com base apenas no tipo abstrato, o que, diga-se, dialoga grandemente com o artigo de Luciano de Camargo Penteado, que, ao tratar da **causa contratual**, chegou a divisar, dentre outros, um papel **requalificador** da causa concreta, pois, a “reestruturação de prestações típicas de certos contratos pela prática econômica pode afetar a causa concreta e permitir, assim, a requalificação da espécie, conseqüentemente, alterando-se o regime jurídico a ser aplicado”¹⁰⁵.

Assim, se a prática econômica pode afetar a causa concreta, afeta ainda mais uma condição que introjeta um motivo e seleciona determinado interesse que, pela cláusula condicional, passa a integrar o programa contratual.

Entretanto, para prosseguir, é preciso deter-se sobre a doutrina de Falzea, autor fundamental para a ideia de não essencialidade da condição e sua exterioridade no plano dos interesses em jogo, seguindo os passos da reconstrução crítica operada ainda por Geraldês. A respeito de Falzea, Geraldês afirma que ele defendeu a

existência de um plano de interesses interno e um outro externo, correspondendo o primeiro aos interesses típicos do tipo abstracto, e o segundo ao conjunto de interesses incompatíveis com o primeiro plano de interesses (motivos das partes que conduzem à não eficácia imediata do contrato) formando-se assim um contra-programa negocial externo¹⁰⁶.

¹⁰⁴GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, cit., p. 203.

¹⁰⁵PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 264, out/dez. 2004. Ainda explorando os pontos de contato entre Luciano de Camargo Penteado e João de Oliveira Geraldês, ambos parecem prestigiar os elementos do contrato a partir de suas reais funções, naquilo que o contrato tem de único. Repercutindo essa ideia, inclusive como instrumento hermenêutico para a correta avaliação dos interesses em jogo, confira-se: “Na realidade cotidiana, a prática negocial, principalmente em regime de empresa, mostra a crescente atipicidade de figuras e, quando estas ensejam lides que são postas para apreciação pelo judiciário, a vedação ao *non liquet* coloca o órgão de poder na parede. A criatividade precisa ser exercida. Muitas soluções engenhosas, recorrem à analogia com os contratos típicos, ou aos princípios do direito contratual. Entretanto, parece estar latente a necessidade do conceito de causa, da causa concreta, categorial, presente em cada contrato como ato humano dotado de estatuto ontológico único, singular e irrepetível e de onde o juiz deve partir para, através do sistema, captar uma intenção axiológica e poder, corretamente, julgar, adjudicando o justo.” *Id. Ibid.*, p. 242.

¹⁰⁶GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, cit., p. 182. Com efeito, buscando no original, a tese apresenta-se com ênfase no interesse, pondo subalterno, na análise, o conceito, que, se é um plano de partida analítico, todavia, é insuficiente para a análise completa do

Sem embargo da autoridade de Falzea, essa ideia de um **contraprograma** traz uma imagética que não condiz com a realidade do fenômeno, porque não há um sinal contrário, um sentido oposto ao programa contratual abstratamente desenhado no tipo legal, o que há, na verdade, recorrendo novamente ao recurso de imagens, trata-se de um desdobramento da vontade para que haja o protraimento da eficácia ou seu encerramento, se acontecer o fato futuro e incerto. Na hipótese de ocorrido o evento condicionante, o interesse da parte pode ou não ser atendido, daí que a vontade molda a eficácia do negócio exatamente com base nisso.

No entanto, não há um sinal oposto, inclusive porque, tomando por exemplo as condições perplexas¹⁰⁷, um sinal oposto na manifestação de vontade implicaria colocar em questão a validade do negócio e a seriedade da vontade negocial globalmente considerada.

A ideia de **contraprograma** negocial e de um duplo plano de interesses possui dois defeitos bastante evidentes: primeiro, entende o protraimento da eficácia como um sinal contrário ao objetivo do negócio, quando, na verdade, não passa de uma acomodação circunstancial a vicissitudes passíveis de ocorrer e as quais a parte não quer suportar; segundo, supervaloriza o plano de interesses abstratos que, em verdade, é uma ficção, pois não há interesse sem vontade. O tipo legal, o comando normativo, é uma previsão baseada naquilo que normalmente acontece (quem compra um imóvel, normalmente quer o registro e a posse de imediato), mas, o interesse que a vontade veicula só existe situacionalmente

fenômeno. Veja-se: “*I vari elementi in cui si può scomporre quel vasto tessuto di norme che è un ordinamento giuridico, sono tutti schemi concettuali, ma esprimono in sostanza figure di interessi che si connettono fra di loro nel modo più vario, dando luogo a gerarchie ed a sistemi. Se ora, si certa di prospettare il nesso intercedente fra atto giuridico e condizione in termini di interessi, si nota non più semplicemente un rapporto un rapporto tra due piani di interessi, l'uno interno e l'altro esterno. Ciò evidentemente non risolve, ma migliora la impostazione del nostro problema. Possiamo adesso domadarci perchè si produca questo doppio ed opposto fenomeno: da um lato l'ordine giuridico definisce e delimita nettamente un proprio piano de interessi, costituendo in base ad esso l'essenza concettuale rigida del nomen juris, d'altro lato ammette l'interferenza di piani di interesse esterni che possono modificare e perfino eliminare gli obbiettivi giuridici iniziali, e così rinunzia al limite dato, creando figure di elementi accidentali.*” FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1941. p. 11.

¹⁰⁷“Condições perplexas ou contraditórias, também chamadas frívolas, extravagantes, ineptas, são as que privam o ato de todo efeito. Ato e condição são impossíveis, surgindo uma antinomia insanável, uma insuperável adversidade. A declaração manifestada no negócio jurídico colide irremediavelmente com a determinação condicional. Cria-se um absurdo lógico e jurídico. O evento condicionante é incompatível com o efeito jurídico almejado. A condição perplexa é logicamente impossível: diz e desdiz, dá e toma, é um ser e não-ser.” VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 24. Ainda, “A condição perplexa é uma condição absurda, contraditória. O que não significa que seja propriamente uma condição de todo ininteligível, no sentido de insanavelmente obscura. Sabe-se o que a estipulação diz, mas ela diz um contrassenso. A consequência é a nulidade do negócio, sem distinção alguma não lhes escapando sequer as disposições testamentárias.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 1974. v. 2, p. 374.

considerado (aquele determinado comprador possui interesse em um ato administrativo que lhe permita erguer um prédio naquele bairro, sem isso a compra não lhe interessa).

Destarte, **interesse abstrato** é uma contradição em termos, uma tentativa de explicação que ficciona um interesse que só existirá de verdade no concreto da vida, com as suas singularidades. Algo irrealista, portanto.

No tema ainda, Ana Isabel Afonso estabelece debate doutrinário com Geraldês, contrapondo as ideias aqui apresentadas, em linhas muito gerais, para ilustrar o grau de complexidade de que vem se revestindo a matéria, apontando para uma tendência de exponenciação dos estudos sobre a função do mecanismo condicional nos próximos anos.

De acordo com Afonso,

Por outro lado, do reconhecimento da concreta essencialidade da condição não se nos afigura poder retirar, como defende OLIVEIRA GERALDES – ou, melhor dizendo, parece-nos desprovido de efeito útil retirar –, que a esta caiba o papel de ‘índice de qualificação principal do negócio’, funcionando como ‘elemento determinante na conformação do contrato.’ Qualificar um tipo contratual como condicionado adianta pouco sobre quais são e a que regime ficam sujeitas as obrigações principais e secundárias de prestar, ou sobre o conteúdo dos direitos e obrigações das partes. A especificidade do tipo contratual condicionado – ‘realidade contratual *a se*’, nas palavras de OLIVEIRA GERALDES – reside em tornar pendente a eficácia do negócio, sujeitando-o, durante o período de pendência, a um regime especificamente destinado a acautelar o estágio de incerteza que se cria. Se a aplicação deste regime pode, em concreto, variar em alguns aspetos, conforme o negócio em causa (real ou obrigacional; compra e venda ou arrendamento etc.) da aposição de cláusula condicional a negócio e da respetiva qualificação como tipo condicionado não se deduz a conformação do respetivo conteúdo, isto é, dos efeitos, cuja produção ou resolução foi diferida para momento futuro e incerto¹⁰⁸.

No entanto, referida visão peca pelo reducionismo, ignorando a abordagem tipológica, aproximando-se mais do encarceramento conceitual hoje criticado da denominada **jurisprudência dos conceitos**. Primeiro, porque a só existência de um regime jurídico acautelador dos interesses derivados do “estádio de incerteza” inerente à fase de pendência, já demonstra a projeção da condição. Segundo, porque essa fase de pendência trará consigo deveres acessórios próprios e independentes da obrigação principal, sendo certo que a contraparte deve zelar pelos interesses do credor condicional, enfatizando o dever de proteção. Terceiro, a aposição da cláusula condicional também possui efeitos comportamentais importantes, em certos casos, servindo inclusive como estímulo ou desestímulo para determinada atuação, conforme se verá. Quarto, na frustração da condição, é comum dizer que a obrigação volta a ser pura e simples; essa é uma verdade parcial que

¹⁰⁸AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, *cit.*, p. 135-136.

vale esclarecer: é verdade, porque a obrigação deixa de ter sua eficácia modulada; mas, é uma verdade parcial, porque a parte a quem aproveitava a condição terá, ainda que em tese, um interesse em provar (se for o caso, obviamente) que a frustração da condição deu-se por atuação artificial da parte contrária, inclusive, em um processo hipotético qualquer, poder-se-ia estabelecer uma discussão sobre o grau dessa atuação artificial e o nexo de causalidade dela em relação à frustração da condição. Logo, melhor seria dizer que, frustrada a condição, a obrigação está pura e simples até a estabilização dessa discussão potencial pelo prazo prescricional.

Enfim, a respeito das condições, é possível afirmar que não há acidentalidade no papel que desempenham no programa contratual e, mais ainda, não há acessoriedade na função que exercem desde a perspectiva do contratante que quis o negócio sob condição, como forma de precaver um interesse seu essencial no jogo da contratação e, se for para buscar um argumento consequencialista para defender essa posição, basta então perquirir a própria ideia de incindibilidade da vontade negocial e a ideia de que a nulidade da condição só excepcionalmente não vicia o negócio jurídico, a teor da leitura combinada dos artigos 123 e 124 de nosso Código Civil.

3 A finalidade do negócio jurídico no percurso interpretativo

A finalidade constitui tema relevantíssimo, interferindo na interpretação do negócio jurídico conjugada com a análise da condição enquanto elemento do negócio. Em primeiro lugar, o motivo individual de uma das partes pode ser inserido no negócio por via desse elemento. Em segundo lugar, exatamente porque os elementos acidentais, conduzindo o negócio para além de seus efeitos típicos, denunciam, de forma objetiva, a intenção manifestada. Logo, para uma aplicação do artigo 112 do Código Civil, a condição traduz um ponto de apoio para o intérprete, eis que o motivo foi inserido no programa negocial, espelhando a vontade de, pelo menos, uma das partes. De certa perspectiva, é possível afirmar o papel das cláusulas acidentais para uma aplicação coerente do artigo 112 do Código Civil, uma vez que são elementos que deixam as marcas da intencionalidade das partes na declaração de vontade documentalmente objetivada.

Esse vislumbre da intenção manifestada ou é próprio da finalidade do negócio ou, no mínimo, constitui um indicativo bastante seguro desta última. Ora, se o negócio jurídico, fruto da autonomia privada, visa fins imediatos e de caráter prático, a finalidade do negócio

é o que interessa para os contratantes. O efeito jurídico apenas medeia o fim econômico, para o qual se dirige o interesse do agente. Assim, a forma de condicionalidade, aposta *in concreto* pelas partes ao efeito do negócio, dá a pista da sua verdadeira intencionalidade econômica, com evidente reflexo na interpretação desse mesmo negócio. Mais além, alterando, como se viu, a causa-típica do negócio jurídico em que é aposta, chega-se até a falar em uma causa “acidental” ou agregada, tal como o faz L. Cariota Ferrara¹⁰⁹, o que, se não chega a ser correto, diante da própria incindibilidade da manifestação de vontade (não há concausas, mas uma causa concreta única), tem a virtude de ilustrar que o motivo da condição integra a causa concreta do negócio¹¹⁰.

Tratando de finalidade, entra em pauta a discussão acerca da causa do negócio jurídico. Muito embora o termo causa tenha várias acepções¹¹¹ e seja repleto de debates, nem todos frutuosos¹¹², o sentido aqui adotado é aquele de causa concreta: finalidade das partes naquele negócio circunstanciado¹¹³.

¹⁰⁹CARIOTA-FERRARA, L. *El negocio jurídico*, cit., p. 494.

¹¹⁰Essa ideia de concausalidade [causa principal/essencial + causa acessória/acidental] é bastante explorada por Angelo Falzea, para justificar a exterioridade estrutural da condição, pois é concebida como um corpo estranho, externo à estrutura negocial do tipo. Ver: GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados, cit., p. 93. O trecho no original, na obra de Falzea, mostra realmente que: (i) a condição afeta o efeito, constituindo uma causa de eficácia; no entanto, nem toda causa de eficácia constitui uma condição; (ii) por lógica, tem-se que a condição nunca é uma determinante autônoma dos efeitos jurídicos, ao contrário, é sempre um elemento colateral, “*un coefficiente accessorio, che non spiega la sua forza da solo, bensì in concorso con altri fattori*”; (iii) argumenta com a situação de pendência, que significa, a seu juízo, por sua juridicidade reconhecida, que “*la serie degli elementi storicamente dati, in cui la condizione come fatto temporale è inclusa, há fatto il suo ingresso nel piano della giuridicità prima ancora che il momento condizionale si realizzasse*”; (iv) , em conclusão, as causas anteriores que colocaram em prática os mecanismos jurídicos, mesmo antes da realização do fato condicionante, constituem fatores secundários e concorrentes, operando como concausas. FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, cit., p. 6.

¹¹¹Em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial, cit., pp. 128-129. Em CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Impr. Universitária, 1966. p. 55. Em CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*, cit., p. 125. Em AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., p. 467. Para uma revisão extensa do conceito de causa: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*, cit., sobretudo o primeiro capítulo.

¹¹²PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*. p. 13. https://www.academia.edu/33509228/Salvatore_Pugliatti_Precisazioni_in_tema_di_causa_del_negozio_giuridico_1947_Acesso_em_10_abr_2022 Ao ensejo, ainda lateralmente sobre o debate em torno da causa do negócio jurídico, Pugliatti reforça que deve-se procurar a causa no negócio em si mesmo e não na vontade da parte. Destarte, ele afasta de maneira completa a perspectiva subjetiva da causa, encampando verdadeiramente o ângulo objetivo. Além do que, Pugliattu aponta ainda para uma considerável força coesiva da causa em relação aos seus elementos estruturantes do esquema nuclear do negócio e, por outro lado, para uma força repulsiva daquilo que não é essencial, mas acessório ao mesmo. Ao fim, sintetiza suas lucubrações, observando que o elemento causa adquire importância prática pelo lado negativo: nas hipóteses de inexistência de causa ou causa ilícita, sendo que o cânone na matéria consiste na identificação precisa da determinante vontade (espelhada na declaração, dizemos nós), para fins de qualificação da licitude ou ilicitude da causa. *Id. Ibid.*, p. 17 e ss.

¹¹³Definição adotada por MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119. Junqueira de Azevedo também acolhe a referida nomenclatura como a mais

Há uma causa-função econômica, ligada ao tipo geral estabelecido seja pela lei, seja pelo uso, e há uma causa concreta específica, fora do figurino do tipo, moldada por especificidades e circunstâncias que singularizam o negócio concretamente considerado, muito em razão da atuação de cláusulas fora do traçado regular do tipo, com variáveis oriundas do exercício criativo da autonomia privada, cujo único limite é a legalidade, tal como consta na fórmula constitucional regente da atuação dos particulares.

De acordo com Erich Danz, para a interpretação é fundamental: “conhecer os fins econômicos que as partes tinham em vista ao contratar; o direito ampara a consecução desses fins”¹¹⁴. Afinal de contas, a ciência jurídica existe para enfrentar necessidades práticas, especialmente no que concerne à segurança das relações. Daí, até intuitivamente, a causa final do negócio acaba imantando todo o seu percurso, desde o nascimento até depois de sua conclusão e adimplemento total. Como afirma Torquato Castro: “Nos atos humanos, a *causa finalis* é, pois, a primeira na ordem da intenção, e a última na ordem da execução. O fim é a causa, porque move o agente à operação. Êle governa a sua atividade, e a conduz, através de meios que se lhe subordinam, à sua própria realização”¹¹⁵.

A culpa post factum finitum dá prova contundente dessa característica da causa final. Um contrato com finalidade estratégica como o de *know-how* terá um evidente fator de sigilo já pressuposto em si mesmo, nas dobras do dever de proteção da contraparte inerente à boa-fé objetiva. Isso vale para o contrato estabelecido por um advogado e seu cliente, para a defesa dos interesses deste em juízo.

adequada: “No outro significado, a causa concreta é, na verdade, o ‘fim do negócio jurídico’. Esta é a melhor expressão. É importante que os juristas se dêem conta do fim último. Tem ele diversas funções: a) se ilícito, é, por ele, que se pode decidir pela nulidade dos negócios jurídicos simulados, fraudulentos, etc., como já dissemos; b) se se torna impossível, o negócio deve ser considerado ineficaz; ele explica, então, algumas das situações que, há algum tempo, autores alemães vêm tentando cobrir com diversas teorias (teoria da pressuposição, de Windscheid; teoria da base do negócio de Oertmann; teoria da base do negócio, de Larenz); c) é ainda o fim último que explica a pós-eficácia das obrigações; d) serve, finalmente, para interpretar corretamente o negócio concreto realizado pelos declarantes.” JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, cit., p. 129.

¹¹⁴A propósito, Danz dá o seguinte exemplo: “Um viajante segura-se numa companhia contra todas as lesões corporais que, nas suas viagens em caminho de ferro, possa sofrer fortuitamente ao subir ou descer do comboio. Os acidentes que o segurado venha a sofrer andando a pé, não estão compreendidos no seguro. O viajante desce da carruagem ao chegar a uma estação, para satisfazer uma necessidade; ao voltar, correndo, para o comboio, escorrega e parte uma perna. A companhia de seguros nega-se a pagar a indemnização pelo acidente, alegando que êle se deu quando o segurado andava a pé e não ao subir ou descer do comboio. O Supremo Tribunal condenou a companhia por entender que o subir ou descer do comboio se deve considerar, para tais fins, como um acto que forma uma unidade com a viagem, objeto do seguro, e é inseparável dela, porque, segundo a redacção geral das condições da apólice, andar a pé significa o contrário de viajar por outros meios de transporte (comboio, diligência, barco, etc.), e os fins do seguro e os princípios da boa fé impõem esta interpretação.” DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*, cit., p. 106.

¹¹⁵CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*, cit., p. 8.

Dentre as inúmeras funções da causa concreta (*rectius*: finalidade)¹¹⁶, a interpretativa possui especial destaque para a compreensão do contexto geral do negócio e da dinâmica da condição dentro de sua estrutura, isso porque, para a regra geral de irrelevância dos motivos, existe o denominado **princípio da inseribilidade dos motivos**, assim, há hipóteses em que os motivos contam para a interpretação do negócio.¹¹⁷

A pergunta é: quais os critérios para estabelecer se e quando os motivos devem influenciar a interpretação do negócio?

Primeiramente, os motivos ilícitos influenciam o negócio, no plano da validade. Para tal, eles devem ser motivo determinante e “comum a ambas as partes”, a teor do que prevê o artigo 166, inciso III, do Código Civil atual, no que inovou em relação ao anterior: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;”¹¹⁸. Vale destacar que dizer “comum a ambas as partes”, não é o mesmo que dizer “conhecido de ambas as partes”. É mais do que isso. A participação da contraparte no negócio é central para a invalidade. Assim, no famoso exemplo do aluguel de imóvel em região nobre para criação de casa de tolerância de luxo, é imprescindível que o locador tenha, de algum modo, se apropriado desse motivo, por exemplo, quando precifica o aluguel não com base no que é praticado na região, mas com base na perspectiva de ganho do locatário¹¹⁹.

A simples ulterioridade da finalidade ilícita não irá macular o contrato porque, para nele **entrar**, a outra parte deve também se **apropriar** do motivo do outro e, dali, construir uma vantagem para si. É nesse momento, quando contamina o sinalagma do contrato, que o motivo ilícito vicia a operação. O motivo vira causa. Darcy Bessone, com apoio em

¹¹⁶Cumprir destacar uma discussão importante sobre se há mesmo uma finalidade comum às partes no contrato sinalagmático, uma vez que isso seria mais evidente no contrato associativo. No contrato sinalagmático, o fim de cada uma das partes é obter a prestação que lhe cabe. Essa discussão não passou despercebida de Francisco Paulo de Crescenzo Marino e, em rigor técnico, para a finalidade ser comum não basta que a outra parte tenha ciência da finalidade, mas que a tenha tomado como sua também, influenciando na contratação, ou então, na composição do preço, por exemplo. Marino afirma que: “Polêmica à parte, a integração de um dado interesse ao conteúdo do contrato parece superar a consideração de sua gênese, por assim dizer. Ainda que determinada regra contratual tenha se originado a partir do interesse específico de uma das partes, ela se tornou comum aos contratantes no momento em que foi objeto de acordo (expresso ou tácito). Parece possível, desse modo, falar em fim do contrato (e não em fim de uma das partes tornado relevante).” MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, cit., p. 132, nota 214.

¹¹⁷PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo, cit., p. 479.

¹¹⁸A respeito, tratando da parte geral do Projeto de Código Civil, ainda na década de 1980: “Os casos de nulidade estão discriminados nos arts. 164 e 165. O inc. III do art. 167 (‘quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito’) é preceito novo; dá-se relevância jurídica, nesse caso, ao motivo.” MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 120.

¹¹⁹ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 200.

Démogue, observou que isso se dá atendendo a “razões sociais poderosas” de resguardo da ordem pública¹²⁰.

Outro exemplo dessa **apropriação** que vale mencionar é de Michel Defossez, explicando que, no tempo da Lei Seca nos Estados Unidos da América, as companhias de seguro francesas aceitaram fazer a cobertura de navios que transportavam a bebida alcoólica até o limite das águas territoriais norte-americanas com uma finalidade evidente de contrabando. As companhias, inclusive, cobravam um valor maior de prêmio diante do risco. Entretanto, quando acionada a apólice porque um dos barcos foi saqueado por piratas, as companhias recusavam o pagamento da garantia, alegando como motivo que se tratava de contrabando para o estrangeiro, o que não poderia integrar um pacto lícito¹²¹.

Tal argumento, então, foi afastado pela *Cour de Cassation*, em decisão muito comentada e criticada¹²². Defossez explica que, se por um lado, a ofensa à legislação estrangeira não seria em si causa de nulidade, já que a previsão legal de nulidade diz respeito à ordem pública interna, por outro, seria possível visualizar nulidade por causa ilícita ou imoral. Era clara a vontade de participar de uma operação ilícita, até porque, a tradição da bebida em águas internacionais é completamente anormal; surpreendente seria se o comprador não fosse contrabandista¹²³.

Abstraindo o argumento utilizado para dar validade ao contrato de seguro, ligado à noção de *champ contractuel* com a qual trabalha a doutrina francesa¹²⁴, o caso em si é um

¹²⁰BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 133.

¹²¹DEFOSSEZ, Michel. Réflexions sur l’emploi des motifs comme cause des obligations. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, p. 532, 1985.

¹²²“Cet arrêt fut surtout commenté (et critique) sur le plan des incidences de l’ordre public étranger. Si la contrariété à l’ordre public étranger ne peut justifier un nullité directe sur le fondement de l’article 6 du code civil (qui ne concerne que l’ordre public legal et donc interne), une doctrine majoritaire pense qu’il peut y avoir nullité pour cause illicite ou immorale.” *Id. Ibid.*, p. 532.

¹²³*Id. Ibid.*, p. 533.

¹²⁴Noção próxima àquela de “programa contratual”, expressão largamente utilizada por Junqueira de Azevedo, ou seja, o raio de ação efetivamente operado pela autonomia privada das partes, estabelecendo o quanto há de relevante no contrato e o modo de seu cumprimento. Ora, um motivo particular não internalizado na avença está fora daquele “campo contratual”, não influenciando no plano da sua validade, nem na sua interpretação, sob pena de surpreender a contraparte, ferindo mesmo o princípio elementar de segurança jurídica. Sobre a expressão “programa contratual”, Antônio Junqueira de Azevedo explica no artigo “O sinalagma dos contratos bilaterais é uma espécie de estrutura imanente ao contrato que liga prestação e contraprestação; ele estabelece um ‘programa’ para as partes, que é tanto mais evidente quanto mais prolongada no tempo for sua execução”. (Parecer) Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 170. Daí, em verdade, campo contratual tem que ver mais com alcance e projeção de efeitos do contrato e programa contratual tem que ver mais com estruturação das contrapartidas de riscos entre as partes contratantes. Mesmo

exemplo de internalização pelo outro contratante dos motivos ilícitos do primeiro, aproveitando-os concretamente para influir em um elemento do contrato (o prêmio do seguro)¹²⁵.

Ainda sobre o tema, Jean Dabin dá como exemplo o caso de contrato, cujo objeto era o contrabando de cigarros da Bélgica para a França. Nota-se que o objeto não era ilícito, a venda de cigarros no território belga era perfeitamente lícita. Entretanto, decidiu a Corte de Bruxelas que a causa era ilícita, especialmente considerando que o contrabando não só violava as leis fiscais estrangeiras, como também as noções de direito e justiça, além de implicar concorrência desleal em relação aos exportadores que pagavam regularmente os tributos inerentes à operação¹²⁶. Aqui, todavia, não se fez menção ao fato de a motivação ilícita ser comum a ambas as partes, o que pareceu fundamental no julgado anteriormente citado.

Voltando a pergunta sobre os critérios para estabelecer se e quando os motivos devem influenciar a interpretação do negócio, a segunda consideração a ser feita destaca a distinção feita por Mathias Latina entre motivo-fim (*motif-but*) e motivo-eficiente (*motif-efficient*), uma vez que “as raízes da redução do motivo ao objetivo concreto, que os contratantes desejam alcançar através da operação contratual, devem ser procuradas na teoria da causa”¹²⁷ (tradução nossa). Latina correlaciona os motivos à causa-eficiente e à causa-fim, explicando que a causa-eficiente da obrigação contratual em Roma era a observância da forma, já que *ex nudo pacto non nascitur actio*. Com o advento do consensualismo¹²⁸, a causa-eficiente

assim, possível uma aproximação, porquanto ambos derivam da autonomia privada e, em ambos, a finalidade comum exerce um papel determinante.

¹²⁵Outro exemplo, esse bastante corriqueiro, é a venda de bem por ascendente para testa de ferro com posterior venda para o descendente. A simulação tem como expressão a finalidade qualificada pelo negócio simulado em fraudar a lei. A propósito, veja-se: DIAS, Adahyl Lourenço. *Venda a descendente*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971. p. 89. Diferentemente do caso de motivo ilícito, aqui, o primeiro negócio não tem autonomia econômica e jurídica, apenas sendo um meio de atingir ao segundo negócio, contrariando a lei.

¹²⁶Todavia, o mesmo autor observa que a expressão causa não foi utilizada pelo tribunal em seu sentido técnico rigoroso. Disse o autor: “*Además, el mismo Tribunal no atribuye a los términos causa ilícita un sentido técnico y riguroso, pues en vez de hablar de ‘convenciones com causa ilícita’ podía haberlo hecho de ‘convenciones prohibidas por la ley’, como resulta hacerlo al decir ‘convenciones contrarias a las buenas costumbres’. Si se quisiese considerar la obligación contraída por los vendedores de importar cigarros de contrabando como una cláusula distinta de la venta misma, es evidente la ilicitude de dicha cláusula, mas ello em razón del objeto y no atendendo a la causa en su sentido técnico.*” DABIN, Jean. *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*. Trad. Francisco de Pelsmaeker. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. p. 218. O grande problema é que motivo ilícito e causa ilícita não são a mesma coisa e a distinção por vezes não é feita pelos tribunais. Nesse ponto, parece que o motivo ilícito comum a ambas as partes não é mais mero motivo, é finalidade, portanto alçado à condição de causa concreta.

¹²⁷“*Les racines de la réduction du motif au but concret que les contractants souhaitent atteindre grâce à l’opération contractuelle doivent être recherchées dans la théorie de la cause.*” LATINA, Mathias. *Essai sur la condition en droit des contrats*. Paris: LGDJ, 2009. p. 133. (Collection Thèses). A teoria da causa é muito debatida na França, especialmente, porque o hoje abrogado artigo 1131 do *Code Civil* previa: “art. 1131. L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet”.

¹²⁸Sobre o tema, BÄRMANN, Johannes. *Pacta sunt servanda: considérations sur l’histoire du contrat consensuel*. *Revue internationale de droit compare*, Paris, v. 13, n. 1, p. 18-53, janv./mars. 1916. Vale

passou a ser o consentimento das partes¹²⁹. Já a causa-fim, conforme o raciocínio do autor, equivaleria ao fim imediato: em um contrato sinalagmático, a causa-fim é a contrapartida típica do outro contratante. Entretanto, como Latina esclarece, é possível entrever uma causa final próxima e abstrata (a contrapartida típica)¹³⁰ e uma causa final remota e concreta (o motivo-fim), o mesmo em relação à causa eficiente. Ao lado de uma causa eficiente próxima

esclarecer que a designação *pacta* abarcava todos os contratos cujo cumprimento não era exigível segundo o *ius civile*. No entanto, alguns desses pactos foram providos com ação do pretor (*pacta praetoria*) e outros, por legislação imperial (*pacta legitima*). Os *pacta nuda*, por seu turno, eram aqueles desprovidos de ação. KASER, Max. *Derecho romano privado*. Trad. Jose Santa Cruz Teijeiro, 2. ed. Madrid: Reus, 1982. p. 178. Vale lembrar ainda que o termo **contrato** sofreu mutações em seu alcance semântico, ao longo dos tempos. Nessa linha, confira-se artigo de Tammo Wallinga que discute liberdade contratual. Com razão, Wallinga afirma não ser possível traçar uma linha reta entre o Direito Romano e o moderno direito contratual e que a tentação de supor que o conteúdo atual do termo **contrato** não difere muito do seu significado no mundo antigo, se esvai na medida em que se avança no estudo do tema. Wallinga explica ainda que foi decisiva a influência canônica para a evolução da liberdade contratual e para o valor dos pactos, da palavra empenhada como criadora de obrigações, sem embargo das evoluções do direito pretoriano que não chegaram a diluir completamente a divisão entre *contractus* e *pacta*. Ao final, o autor conclui que a liberdade contratual é inserida em seu momento histórico, sendo tema sempre em movimento: “*Varios factores tuvieron influencia sobre el desarrollo de la libertad contractual: el Derecho canónico, la práctica mercantil y el sistema feudal. El Derecho romano, con sus contratos formales y su división entre contractus y pacta, se prestaba poco a un derecho contractual libre, pero tuvo que seguir la evolución hacia más libertad. Ya en el siglo XVI se podía decir que en muchos países europeos se había establecido una libertad contractual considerable. Y en el siglo XVII, Grotius fomentada la idea del carácter vinculante de cualquier acuerdo como principio básico del Derecho natural, y elaboró una sólida base teórica para la fuerza jurídica de la palabra dada. Al fin y al cabo, si miramos un momento el presente y el futuro, se puede observar que la libertad contractual hoy en día ya no es tan amplia como hace un siglo. Varias evoluciones nuevas presentan disposiciones que las partes contratantes tienen que tener en cuenta, como contratos de adhesión, condiciones generales, y ultimamente las directivas europeas, sobre todo en materia de protección de consumidores. La libertad contractual sigue siendo un tema en pleno movimiento.*” WALLINGA, Tammo. La libertad contractual: del derecho romano al derecho privado moderno. In: FUNDAMENTOS romanísticos del derecho contemporáneo. Madrid: AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano; Boletín Oficial del Estado, 2021. p. 615-632. (Colección: Derecho Romano, t. 11). Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0061500632.

Acesso em: 11 jan. 2022. Também sobre esse tema de estudo, veja-se Aloísio Surgik que discute os albos do *pacta sunt servanda* como princípio regente: “No estudo do *pacta sunt servanda*, é necessário levar em consideração a mudança de sentido que sofreu o *pactum* do direito romano clássico em seu deslocamento histórico para o regime imperial e depois para a Idade Média através principalmente dos canonistas. Em pesquisa realizada acerca das raízes históricas da liberdade contratual pelo Professor Tammo Wallinga, da *Erasmus School of Law*, Rotterdam/Universidade de Amberes, vimos confirmado o que já afirmávamos há tempo, isto é, que a *voluntas* (vontade), enquanto no direito romano clássico, em qualquer relação jurídica, considerava *quid actum est*, ou seja, avaliava a vontade objetivamente, através de sua manifestação oral ou escrita, já na época de Justiniano, o intérprete devia, ao invés, considerar *quid senserit*, qual a vontade do agente. Em outras palavras, devia perscrutar antes de tudo sua vontade efetiva. Isso se explica pelo ambiente teológico da época, em que o elemento vontade, na perscrutação do pecado, era levado ao extremo, considerando-se a estreita ligação política de Justiniano com a Igreja.” SURGIK, Aloísio. Considerações críticas em torno do princípio *pacta sunt servanda*. In: FUNDAMENTOS romanísticos del derecho contemporáneo. Madrid: AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano; Boletín Oficial del Estado, 2021. p. 379-396. (Colección: Derecho Romano, t. 7). Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-70037900396. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹²⁹LATINA, Mathias. *Essai sur la condition en droit des contrats.*, cit., p. 134.

¹³⁰O que Latina denomina de causa final próxima, então, parece ser a causa-função econômica.

e abstrata (o consentimento), há também uma motivação remota que é o motivo-eficiente, caracterizado como o fato gerador da volição inicial à declaração de vontade¹³¹.

Resumindo, o motivo-fim responde à pergunta **para quê?** O motivo-eficiente responde à pergunta **por quê?**

Latina explica que os motivos-eficientes “são aqueles que não constituem o objetivo concreto que o contratante estabeleceu para si, mas que materializam os pressupostos sem os quais a busca por esse objetivo é impossível” (tradução nossa), e cita como exemplos: o caso da autorização administrativa (motivo-eficiente) necessária para que o adquirente do terreno faça o loteamento; e o caso de um diretor que teria garantido a obtenção de um empréstimo¹³². O móvel anímico de uma pessoa para firmar determinado negócio jurídico, mais comumente um contrato, pode ser de várias ordens: econômica, puramente psicológica¹³³, social e fisiológica. Na verdade, um motivo nunca está só. Sempre serão vários, ao mesmo tempo.

Entretanto, há motivos que são evidentes e informam o negócio, constituindo sua finalidade mesma. Vários desses motivos, por serem inerentes à operação econômica e aos usos de mercado, sequer são declarados. Francisco Marino dá como exemplo o caso do serviço de organização de “listas de casamento” por lojas de departamentos, o que é um negócio com mercado específico e tipificação social, havendo para esses agentes um incremento significativo das vendas¹³⁴.

Assim, existem motivos que, muito embora não declarados, são razões econômicas de um negócio socialmente típico ou pressupostos sem os quais não se contrataria o que se admite em hipóteses limite, em obedecendo ao princípio da boa-fé, mesmo que a teoria da pressuposição em si mesma, atualmente, não conte com adesão doutrinária. Isso acontece em circunstâncias nas quais o motivo, embora não declarado pela parte, é evidente, ao ponto de a contraparte não poder alegar que não havia entendido que a eficácia do negócio subordinava-se ao motivo.

¹³¹LATINA, Mathias. *Essai sur la condition en droit des contrats.*, cit., p. 136-137.

¹³²*Id. Ibid.*, p. 136-137.

¹³³Diga-se que todo motivo é psicológico, assim, puramente psicológico seria o motivo idiossincrático por essência, tal como aquele de um colecionador de determinados tipos de objetos que, muitas vezes, não têm tanto valor para quem não é aficionado.

¹³⁴MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, cit., p. 131.

A esse respeito, já se aplicou o raciocínio da pressuposição em caso prático, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)¹³⁵, exatamente por conta da boa-fé. O histórico é o que segue.

Determinada parte (A) adquiriu de terceiro alienante (B) quatro casas, que, depois, permutou com a incorporadora (C). A aquisição originária de A tinha vício nas certidões previdenciárias – CNDs – que B forneceu para A, quando da aquisição. As certidões eram falsas, conforme apurado em processo criminal. O fato não foi informado a C no momento da permuta. Então, a incorporadora C teve problemas ao realizar a incorporação, pelo que pleiteou a invalidação do negócio, uma vez que as quatro casas lhe eram inúteis, sem os documentos que viabilizassem a incorporação.

Nesse ponto, o relator lembrou do artigo 32 da Lei n. 4.591/1964 que exige, para a negociação das unidades autônomas, o arquivamento no respectivo Cartório de Registro de Imóveis das referidas certidões, dentre outros documentos: “Art. 32. [...] b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos, de ações cíveis e criminais relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador”. O relator aplicou a teoria da pressuposição e destacou que apesar de sua superação pelas teorias posteriores,

nunca se abandonou a idéia de que alguém possa perfeitamente contratar na pressuposição de um fato, posto não expresso, mas conhecível pela outra parte, cuja frustração, então, autoriza a intervenção no ajuste, como um imperativo axiológico, seja dado reiterar, de equilíbrio e boa fé no trato negocial [...]

Para finalizar, elenca-se a seguir os critérios para estabelecer se e quando os motivos influenciarão a interpretação do negócio.

(i) O motivo é imoral e aproveitado, mais do que conhecido, pela contraparte na barganha levada a cabo. Isso vale também para, a teor do artigo 140 do Código Civil, o falso motivo que seja razão determinante da declaração de vontade.

(ii) O motivo que, sendo a finalidade do contrato, torna-se causa. Esse motivo não é exclusivamente psicológico, ao contrário, é intenção consubstanciada na declaração de vontade das partes, a teor do que exige a fórmula do artigo 112 também do Código Civil.

¹³⁵Imóvel. Permuta, com torna em dinheiro. Bens adquiridos para incorporação. Irregularidade, porém, da aquisição da permutante, por conta de débito previdenciário de quem lhe transmitira os bens. Artigo 48 da Lei 8.212/91. Contaminação dos atos subsequentes. Falta, ademais, de cumprimento do dever de informação, corolário da boa-fé objetiva em sua função supletiva, levando à frustração do fim do negócio. Teoria da pressuposição. Indenização arbitrada em função da privação do uso dos imóveis permutados, entregues à ré. Sentença mantida. Recurso desprovido. TJSP, Apelação Cível n. 994.03.112919-2, 1ª Câm. Dir. Priv., relator Des. Claudio Godoy, j. 28.09.2010.

(iii) O motivo internalizado no programa contratual, por via de um dos elementos acidentais que, bem se sabe, são acidentais apenas em abstrato, nunca em concreto. Daí, a condição surge como uma ferramenta utilíssima inserindo o motivo dentro do negócio jurídico, com vistas a controlar determinado risco que uma das partes não aceita correr.

(iv) Quando o motivo dialoga com a boa-fé objetiva. Apesar de não ser possível adotar esse critério para a generalidade dos casos, haverá situações em que a motivação do contratante, embora não declarada, é claramente perceptível, pelo que não poderá a contraparte argumentar que lhe era desconhecida tal motivação. Especialmente, em casos em que há questionamentos à própria condução dessa motivação no negócio, como naqueles em que se sonega uma informação essencial para o atingimento dos fins do contratante prejudicado, como a situação do acórdão mencionado.

4 Direito eventual, expectativa de direito, direito expectativo, direito expectado

A gênese do direito subjetivo radica na noção de interesse, da qual deriva uma expectativa que pode ser de fato ou de direito. De modo bastante resumido, segundo Carnelutti, a relação é um modo de ser de dois entes entre si: relação de distância, cuja demonstração física é captada pelos sentidos; relação de igualdade, cujo liame depende dos sentidos, mas também de uma carga sensorial subjetiva; e relação de complementaridade captada pela razão, porque deduz-se essa complementaridade na análise dos dois entes¹³⁶.

O interesse é relação dessa terceira ordem, deduzida pela razão e que estabelece um nexo entre o ente necessitado e o objeto necessário que é, então, o interesse. Daí, o interesse não ser um mero juízo da subjetividade. Trata-se de uma relação orientada por uma necessidade, segundo a qual o ente capaz de satisfazê-la chama-se bem e a sua capacidade de satisfazer chama-se utilidade¹³⁷.

Portanto, a relação do sujeito com o bem é o interesse. Já a relação do sujeito com outro sujeito é relação jurídica. Logo, o direito subjetivo é uma relação jurídica com outro sujeito para a satisfação de um interesse juridicamente tutelado sobre um determinado bem

¹³⁶“Diz-se que dois entes são complementares quando, segundo a previsão (fundada em regras de experiência) do desenvolvimento da situação de que fazem parte em um fato, são capazes de combinar-se em uma nova situação causalmente ligada à situação precedente. Chave e fechadura, pena e tinta, espingarda e projétil, apresentam entre si uma relação deste gênero. O mesmo se diga do homem ou animal e da alimentação que pode matar-lhes a fome, ou da arma que os pode ferir.” CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. 2. reimp. São Paulo: Lejus, 1999. p. 48.

¹³⁷*Id. Ibid.*, p. 90.

(prestação). O direito subjetivo não é bem em si, mas é a forma juridicamente posta para seu atingimento, aparelhada com a possibilidade de acionar o Estado-Juiz para tanto. Por sua vez, essa possibilidade de acionamento do Estado-Juiz radica na existência da norma, sem a qual não se distinguiria uma simples aspiração de um direito subjetivo enquanto interesse juridicamente tutelado¹³⁸.

Em suma, interesse é relação (geralmente econômica) com o objeto de direito; direito subjetivo é relação jurídica com outro sujeito de direitos e obrigações. Como explica França,

As relações existentes entre cada uma das pessoas e a coisa são relações de caráter econômico, ou seja, os interesses (cuja coincidência sobre a mesma coisa constitui o conflito, genericamente entendido, como melhor se esclarecerá adiante); a relação existente entre as pessoas constitui, propriamente, a relação jurídica (que soluciona o conflito de interesses e empresta à situação examinada o caráter de jurídica)¹³⁹.

Já a expectativa é a espera para a satisfação, mais ou menos provável, de um interesse juridicamente protegido e que, uma vez consolidada, integrará o patrimônio do expectante¹⁴⁰. Se a espera relaciona-se apenas com o bem, sem qualquer relação com outro sujeito, há apenas interesse. Se, entretanto, a espera conecta-se com outro sujeito de direitos e obrigações, de alguma maneira ainda que preliminar, existe uma relação jurídica, mesmo que não seja a relação jurídica final almejada pelo titular da expectativa, o expectante.

Nesse ponto, R. Limongi França aponta que a expectativa “supõe a existência de uma lei em que se funde. Sem isto, pode haver, é claro, uma aspiração, um desejo, enfim, um fato psicológico, mas não Expectativa de Direito”¹⁴¹.

A questão é o momento em que essa expectativa passa de uma mera projeção individual da vontade do expectante para uma situação juridicamente defensável. A

¹³⁸ENCARNACIÓN, Ana María de la. *El tratamiento de la expectativa en el derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 30.

¹³⁹FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S. A.* São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 14.

¹⁴⁰Definindo expectativa e distinguindo-a da mera faculdade, ver Reynaldo Porchat: “*Faculdade*, como a palavra bem claramente significa, é a simples capacidade, não exercitada, de praticar actos jurídicos; é um direito que a lei reconhece, mas que nunca foi posto em prática, do qual ainda não foi feito uso pela pessoa de quem se trata, como, por exemplo, a faculdade de contrahir casamento, ou a faculdade de testar. Essa faculdade se mantém como tal, enquanto a pessoa não a exercita por meio de um facto aquisitivo de direito. Ella é anterior ao direito adquirido, e simples meio para o adquirir. *Espectativa* é a mesma esperança de um direito que, pela ordem natural das cousas, e de acordo com uma legislação existente, entrará provavelmente para o patrimônio de um individuo quando se realice um acontecimento previsto. A espectativa se distingue da faculdade, porque se transforma em um direito que entrará para o patrimônio do individuo independentemente de qualquer acto deste. A faculdade só produz aquisição de direito quando exercida pelo titular. O conceito da espectativa está para o de faculdade, como o conceito de probabilidade está para o de possibilidade.” PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo: Duprat & Comp., 1909. p. 30-31.

¹⁴¹FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 445.

expectativa situa-se na fronteira entre o nada jurídico e o direito subjetivo¹⁴². Há uma gama de situações de expectativa juridicamente defensável, inclusive, em determinados casos, por conta da atuação de uma das partes, geradora da legítima expectativa. Todavia, no geral, tem-se que na expectativa jurídica “já começou um processo aquisitivo, acautelado por lei”¹⁴³.

Ainda a esse propósito, Filipe Antônio Marchi Levada, escandindo os conceitos de expectativa de direito e direito subjetivo, observa que:

Enquanto o direito adquirido integra o patrimônio do titular, a expectativa depende de acontecimento externo para que venha a sê-lo. É um **não-direito-ainda**, com as características de que: (1) para que seja expectativa, deve independer da vontade do sujeito, senão não seria esperança, mas faculdade não exercida; (2) para que seja **de direito**, deve objetivar a aquisição de um direito, pois senão tal expectativa não seria jurídica, mas mero capricho do ser. Logo, *expectativa de direito* pode ser conceituada como um **vir-a-ser-direito independente da vontade daquele que espera**¹⁴⁴. (Destques no original.)

A distinção entre direito eventual, direito expectado, direito expectativo e expectativa de direito é essencial, porque as consequências jurídicas entre eles são diferentes e tomar um pelo outro gera erros, tutelando o que não pode sê-lo ou, o que é pior, deixando de tutelar o que deve sê-lo. Aliás, a própria definição de expectativa, em termos jurídicos, é imprecisa e carente de produção científica que lhe dê contornos, senão definidos, pelo menos um pouco mais nítidos, divisando algumas das múltiplas variâncias que o fenômeno pode apresentar¹⁴⁵.

A doutrina explica o denominado direito eventual como algo além da mera expectativa de fato, mas equiparado à expectativa de direito. A esse respeito, Vicente Ráo afirma que os direitos eventuais são “direitos concebidos, mas ainda não nascidos”¹⁴⁶. Assim, se não são direito subjetivo também não são expectativa de fato ou simples esperança, “pois certo fato ou ato, ou certa situação já se verificou, que lhes permite seu eventual aperfeiçoamento no futuro; mas enquanto se não aperfeiçoam, equivalem, também eles, a uma expectativa (expectativa de direito e não mera expectativa de fato)”¹⁴⁷.

¹⁴²REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. Da expectativa jurídica. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, n. 1, p. 151, abr. 1994.

¹⁴³HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sônia Moreira da. *A parte geral do Código Civil português*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019. p. 241.

¹⁴⁴LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 85-86. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19112009-133339/publico/Filipe_Antonio_Marchi_Levada_Dissertacao.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

¹⁴⁵ENCARNACIÓN, Ana María de la. *El tratamiento de la expectativa en el derecho español*, cit., p. 19.

¹⁴⁶RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 655.

¹⁴⁷*Id. Ibid.*, p. 655.

Também tratando o direito eventual como direito concebido, mas não nascido, por lhe faltar algum elemento constitutivo, Francisco Amaral, todavia, desce à precisão técnica fundamental de distingui-lo do direito condicional que aceita como direito subjetivo. De acordo com Amaral, é exemplo de direito eventual aquele do proponente em relação ao destinatário da proposta, ou aquele do promitente-comprador quanto à venda definitiva. Assim, “o direito eventual está sujeito a acontecimento futuro, essencial à sua existência (por exemplo, o pagamento do preço, a lavratura da escritura pública) dependente da atuação do próprio interessado”¹⁴⁸. Amaral aponta a diferença:

Difere do direito condicional porque este já está formado, embora sua eficácia dependa do implemento da condição. Direito condicional é o direito subjetivo cuja aquisição ou extinção depende de evento futuro e incerto previsto, mas não dependente da vontade negocial, como, por exemplo, a aquisição de coisa futura¹⁴⁹.

Logo, é o direito eventual, concebido, mas não nascido, que gera expectativa de direito cujo caráter é instrumental¹⁵⁰, visando à proteção na aquisição de um direito subjetivo sem interferências indevidas. Essa particularidade, bem anotada por Maria Raquel Aleixo Antunes Rei, marca toda a figura, porque “a expectativa não se destina ao aproveitamento de um bem ou a qualquer actuação sobre um bem: destina-se apenas a viabilizar ou a impedir a obstrução do nascimento eventual de um direito”¹⁵¹. Exatamente por isso, na perspectiva

¹⁴⁸AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, *cit.*, p. 253.

¹⁴⁹*Id. Ibid.*, p. 253. Também acerca do direito eventual e a crítica que se seguiu a essa teoria, Ana María de la Encarnación aponta que, para os cultores da teoria do direito eventual este é bastante distinto dos direitos condicionais, isso porque: “*La crítica a la que se ha sometido esta doctrina afirma que se trata de una categoría confusa. Así, se há dicho que bien podría considerarse que un derecho eventual puede incardinarse en la categoría de derechos condicionales, pero también en la de derechos futuros. Pero tanto Demogue como Verdier sostienen que constituyen categorías muy distintas, sin que haya lugar para la confusión ya que el derecho eventual es el género y la obligación condicional la especie. Así, mientras la condición es una modalidad que no suspende más que la ejecución del derecho, la eventualidad es una modalidad que suspende el nacimiento mismo del derecho. Es evidente, a su juicio, que la condición afecta a un elemento exterior al derecho que está suspendido, no a uno de los elementos considerados esenciales para su validez, al contrario que ocurre con los derechos eventuales.*” ENCARNACIÓN, Ana María de la. *El tratamiento de la expectativa en el derecho español*, *cit.*, p. 49. Naturalmente que essa diferenciação do direito condicional em relação ao direito eventual – considerando que, no primeiro, é um elemento exterior ao direito que está suspenso e, no segundo, um elemento essencial para a sua validade –, em vista do que se disse até aqui, não é adotada por nós.

¹⁵⁰Chama a atenção os três níveis em que se pode abordar o tema da expectativa: “[...] a) em sede de Direito Transitório, no âmbito da teoria dos direitos adquiridos, num sentido negativo ou de oposição em relação aos direitos adquiridos; b) em relação a situações ‘a priori’ não tuteladas em que o sujeito confia justificadamente num determinado estado de coisas e o Direito, em atenção a essa confiança, acaba por tutelar a ‘expectativa’ (=posição de confiança, de expectativa) do sujeito. Este fenómeno normalmente anda associado à boa fé em sentido objetivo, instituto privilegiado no tocante à proteção da confiança; c) enquanto situação jurídica activa que se caracteriza pela posição jurídica daquele a favor de quem ‘já começou a produzir-se um facto complexo, de formação sucessiva, donde há-de vir a resultar, quando concluído, um direito ou a sua atribuição.” REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. Da expectativa jurídica, *cit.*, p. 150. O tema do negócio condicionado suscita indagações no terceiro nível de avaliação acima descrito.

¹⁵¹*Id. Ibid.*, p. 154.

dessa autora, não há que se falar em um regime geral da expectativa. Argumenta ela que a expectativa é uma construção dogmática com variações em função dos institutos envolvidos, daí, segundo avalia, é necessário isolar em cada regime jurídico a situação jurídica de expectativa para avaliar o seu alcance. Não haveria, então, um regime das expectativas, mas “regimes das múltiplas expectativas jurídicas”¹⁵².

Malgrado essa desconfiança quanto a possibilidade de um sistema unificador para as expectativas jurídicas, Rei apresenta algumas conclusões convergentes para um tratamento unitário na matéria, especialmente ao afirmar que

a expectativa jurídica é a faculdade dirigida à tutela e à reacção jurídica por parte do beneficiário da eventualidade do nascimento ou aquisição de um direito subjetivo (ou outra situação jurídica activa) contra perturbações ilícitas no curso dos acontecimentos conducentes à (não) concretização material do direito subjetivo (ou outra situação jurídica activa) do beneficiário¹⁵³.

A autora, no entanto, nega que a expectativa jurídica seja, ela mesma, um direito subjetivo. Rei argumenta que o direito subjetivo e a expectativa possuem teleologias diferentes. Em abono a sua posição, ela argumenta que os direitos do legitimário, do fideicomissário ou do adquirente sob condição suspensiva, muito embora possam, por hipótese, virem a ser um direito de propriedade, “seria forçado pretender que, por exemplo, o poder do adquirente condicional de arguir nulidades é um componente do direito de propriedade nascente”. Como conclusão, Rei afirma que a posição do proprietário caracteriza-se pela fruição do bem e, muito ao contrário, a posição do adquirente condicional é limitada à possibilidade de afastar entraves futuros à sua aquisição¹⁵⁴.

¹⁵²REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. Da expectativa jurídica, *cit.*, p. 154. Também afastando a possibilidade de uma teoria geral a esse respeito, Perlingieri afirma: “Revela-se pouco fecundo falar genericamente de expectativa; para individuar quais são os poderes e as obrigações que cabem às partes interessadas é preciso analisar as situações concretas: entre estas há diferenças substanciais que não permitem a individuação de uma consistente relevância unitária.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, *cit.*, p. 127.

¹⁵³REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. Da expectativa jurídica, *cit.*, p. 178-179.

¹⁵⁴*Id. Ibid.*, p. 175. Na perspectiva de Angelo Carlo Pelosi, vale indagar se é oportuno estender a noção de direito subjetivo estrito à figura descrita como expectativa, ao que, ele parece acenar negativamente, quando afirma que isso poderia tornar excessivamente genérica e vaga a noção de direito subjetivo e, portanto, inútil. (PELOSI, Angelo Carlo. *Aspettativa di diritto. In: DIGESTO dele discipline privatistiche. Sezione Civile. I. Ristampa. Torino: UTET, 1998. p. 465-468*). Nessa linha, dialoga com Maria Raquel Aleixo Antunes Rei (Da expectativa jurídica, *cit.*, p.154). Para ambos a multiplicidade de situações de expectativa impediria uma recondução ao conceito de direito subjetivo. Entretanto, a expectativa jurídica tomada dentro do ambiente do negócio condicionado é perfeitamente qualificável como direito subjetivo. Tanto pelo preenchimento do plano da existência e da validade (pressupondo ausência de nulidade, claro) que o negócio condicionado gera, quanto pelas medidas de conservação que o sistema permite e, inclusive, pela considerada patrimonialidade desse direito sob condição. Se há patrimonialidade, conclui-se, com apoio no artigo 6º, parágrafo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que há um direito que foi adquirido, apenas não é o direito expectado em si mesmo considerado. Ora, ao predicar que se consideram adquiridos os direitos com “condição pré-estabelecida inalterável a arbítrio de outrem”, os direitos expectativos estão devidamente

Não parece que essa limitação, essa instrumentalidade, altere a natureza do direito subjetivo, pelo contrário, Marcos Bernardes de Mello, apoiado na teoria ponteana, afirma categoricamente que, no negócio com condição pendente, há um direito e explica que o direito expectativo é relação jurídica já formada: há um direito cujo objeto é outro direito certo, cuja aquisição depende de circunstância futura que “tanto pode ser certa (= termo), como pode ser incerta (= condição)”¹⁵⁵. De acordo com Mello, o direito expectativo “é como qualquer outro direito subjetivo; dele decorrem deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções. Naturalmente são os que a sua própria natureza permite que exsurjam”¹⁵⁶.

A propósito da diferença entre direito de crédito e direito a crédito, Pontes de Miranda observa que o direito de adquirir direito não é muito diferente de qualquer outro. Como assevera, “o direito expectativo é pessoal, pode definir-se como direito a crédito, que é efeito de relação jurídica pessoal, não como direito de crédito”¹⁵⁷. Sua concepção acerca do tema é muito clara: em verdade, o que se chama expectativa jurídica, nada mais é do que mera expectativa¹⁵⁸. Só há efeito onde incidiu regra sobre suporte fático, gerando fato jurídico, onde há direito subjetivo à aquisição de outro direito subjetivo.

A razão está, segundo nos parece, com os últimos dois autores (Mello e Pontes de Miranda), eis que visualizar a expectativa de direito como uma categoria autônoma gera insegurança. As variações serão de alcance do direito expectativo (em muito derivadas do próprio direito expectado), não de sua natureza.

A posição aqui adotada, portanto, se afasta da ideia de direito eventual como um direito incompleto, um direito subjetivo ainda por acontecer. Aqui, que fique muito claro, o direito ao qual alude a expectativa é subjetivo e é aparelhado de pretensão, muito embora completamente diferente daquela pretensão do direito final. Assim, não parece correto

albergados. A essência da irrevogabilidade como efeito preliminar mínimo está, portanto, assegurada. Sobre a intangibilidade do direito expectativo por lei nova, comentando interessante e recente julgado do STJ, a propósito da validade ou não de cláusula de reversão, ver : PRADO, Augusto César Lukaschek. STJ – Recurso Especial 1.922.153/RS. Comentário. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo ano 9, v. 32, p. 461-504. jul./set. 2022.

¹⁵⁵MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição ao estudo da eficácia do negócio jurídico *pendente conditione*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 79, 1977. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=NTk1NA%2C%2C>.

¹⁵⁶*Id. Ibid.*, p. 80.

¹⁵⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 135.

¹⁵⁸“O termo expectativa é, conforme vimos equívoco. Nem lhe tira a equivocidade o distinguirem-se expectativa e mera expectativa, como alguns juristas fazem. Nem toda expectativa significa que alguém – que expecta, que espera, que tem por si algum fato que justifica aguardar-se a aquisição de certo direito, - já tem direito expectativo ou pretensão expectativa. Às vezes, expecta-se, e tem-se direito expectativo, ou pretensão expectativa: outras vezes expecta-se, e não se tem esse direito, ou essa pretensão.” *Id. Ibid.*, p. 283. Adotando o mesmo marco teórico: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 104.

designar **direito eventual** como uma possibilidade, um início de sua constituição. A ele corresponderia, então, uma expectativa jurídica: quem possui expectativa jurídica, possui a probabilidade de ter um direito subjetivo incorporado ao seu patrimônio, a formação desse direito foi iniciada, mas ainda não foi aperfeiçoada, daí ele ser denominado de eventual¹⁵⁹.

Entretanto, em tema de direito expectativo há sim uma relação jurídica aperfeiçoada, apenas não é a relação jurídica a qual se visa quando cumprida a condição. Trata-se de uma relação jurídica instrumental, consistente no direito expectativo à aquisição do direito expectado, sem qualquer interferência ou espoliação. O que se convencionou chamar de expectativa jurídica é um direito expectativo; modalidade do gênero direito subjetivo¹⁶⁰

Assim, é imprópria a expressão “direito eventual”, constante do artigo 130 do Código Civil, porque as medidas de conservação a que alude o dispositivo não são mera possibilidade, são uma realidade já constituída a respeito do direito de ver o curso normal da aquisição de um outro direito acontecer ou não, mas dentro da incerteza natural da condição, sem interferência de outrem e, sobretudo, sem que o objeto daquele direito seja dissipado. Não há eventualidade alguma, então. A única incerteza é aquela conatural à condição (condição-fato).

Como afirma Marcos Bernardes de Mello, o negócio a termo também gera um direito defensável durante a pendência do seu implemento e, sendo o termo oriundo de um fato

¹⁵⁹O fato de o alcance da expectativa jurídica (*rectius*: direito expectativo) não contemplar o conteúdo completo do direito expectado não elimina sua natureza de direito subjetivo. Muito embora, Andrade entenda em sentido contrário. Veja-se: “Segundo a doutrina preponderante, o credor só tem aquela expectativa, não existindo, correlativamente, um verdadeiro débito (*nihil interim debetur*: D., 20, 1, 13, 5), mas tão só uma certa probabilidade de ele vir a nascer (*spes debitum iri*). E, na verdade, se o negócio jurídico tem por objeto uma prestação qualquer (v. g., uma prestação em dinheiro), todos estão de acordo em que se o devedor pagar durante este período porque supõe não existente a cláusula condicional, ou já verificada a condição, pode repetir o que pagou (reaver o que houve prestado), mediante a *conditio indebiti* (art. 758º). Ora, se o devedor tem acção para reaver o que prestou, o conceito mais adaptado a esta solução é o de que o devedor ainda não deve, por isso mesmo não tendo o credor o correspondente direito.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico, cit.*, 1983. v. 2, p. 378. Todavia, mais correta nos parece a posição de José de Oliveira Ascensão: “Larenz/Wolf notam que a expectativa não é um *minus* em relação ao direito definitivo; frequentemente a expectativa de um crédito não é um direito de crédito, e assim por diante. Pretendeu-se que a expectativa, como realidade instrumental, seria de manter distinta do direito subjetivo. Mas não há razão para dividir sempre mais categorias de situações jurídicas ativas: *entia non sunt multiplicanda*. A expectativa cai inteiramente no âmbito do direito subjetivo, como afetação individual, concreta e destinada a criar um espaço de autonomia. O fato se ser instrumental não é razão em contrário, porque muitos direitos subjetivos são instrumentais (os direitos de garantia em relação aos direitos de crédito, por exemplo) sem que isso ponha em causa a sua natureza.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 2010. v. 3, p.72. Ainda a esse respeito, veja-se que há direitos subjetivos de segundo grau, ou seja, direitos subjetivos à defesa de direitos: TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 268.

¹⁶⁰Em verdade, a discussão a respeito da natureza jurídica da expectativa de direito é muito mais ampla e complexa, no entanto, está fora dos limites da presente investigação. A posição aqui adotada é aquela de que o direito expectativo é um direito subjetivo instrumental.

certo, não se pode apor o predicativo “eventual”, apesar de a natureza jurídica desse direito ser a mesma daquele mencionado no artigo 130 do Código Civil – inclusive, é aplicável ao termo o regime jurídico da condição nesse particular, de acordo com o disposto no artigo 135 também do Código Civil: “Art. 135. Ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva.”.

Ainda no campo das abstrações conceituais, Nehemias Gueiros, alinhando-se com Démogue, critica o então artigo 121 do Código Civil de 1916, que também trazia previsão relativa às medidas de conservação para o titular de direito dito eventual. Para Gueiros, há distinção entre o direito condicional e o direito eventual, como explica, “toda vez que o acto ou negócio jurídico esteja subordinado a verdadeira condição, entendida na legitima acepção *technica*, diz-se que o direito dahi decorrente é condicional”¹⁶¹. A nomenclatura direito condicional fica reservada para os direitos pendentes de implemento de condição em sentido estrito e, por conseguinte, para todo o resto, vale a expressão direito eventual, que é o direito que depende de

algum elemento ulterior, chamado eventualidade, seja elle *conditio juris*, como requisito ou pressuposto do negocio, ou qualquer configuração, solenidade ou eurema necessario á sua completa constituição, chamar-se-á direito eventual. Nesta ultima classificação entram os direitos futuros em geral, deferidos ou não deferidos, excluídos apenas os que estejam sujeitos a condições próprias ou voluntarias. (V. art. 74, § único, do Código Civil)¹⁶².

Vale destacar alguns exemplos típicos de direitos eventuais utilizados por Gueiros: aquele do concorrente à promessa de recompensa; o do alienante no contrato de compra e venda com preço ao arbítrio de terceiro; um exemplo datado, bastante interessante, aquele do que contrata com mulher casada ou menor, sem autorização do marido ou de seu representante legal, o que depende da ratificação do contrato pelo marido, pelo menor, quando emancipado, ou então de seu representante legal¹⁶³.

Mesmo assim, Gueiros destaca semelhança entre o direito eventual e o condicional, diferentemente da simples expectativa, ambos contam com tutela jurídica, existe como que um “direito a adquirir direito”, de feição instrumental que, no mínimo, afasta as interferências indevidas na situação limítrofe de proximidade da aquisição¹⁶⁴. A diferença, então, ficaria por conta do tipo de proteção do direito intertemporal que a condicionalidade possui, eis que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) põe a salvo o

¹⁶¹GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil, cit.*, p. 145-146.

¹⁶²*Id. Ibid.*, p. 146.

¹⁶³*Id. Ibid.*, p. 146.

¹⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 148.

direito condicional, ao predicar que “consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”¹⁶⁵. Assim sendo, na visão de Gueiros, a referência a “condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” inclui o direito condicional no agasalho do direito adquirido e, ao mesmo tempo, excluiu o direito eventual. O autor aponta, no entanto, que esse regramento tinha como problema a antinomia com o artigo 118 do Código Civil de 1916: “Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”. A conciliação dessa incompatibilidade se daria pela ficção do efeito retroativo para a condição suspensiva quando de seu implemento. Para Gueiros, a lógica de conciliação deveria prevalecer, sendo que o direito condicional e o termo deveriam ser excepcionados do artigo 118, afirmando que “o que levou, de certo, o legislador a abrir essa exceção para o direito condicional, foi o efeito retroactivo atribuído, por ficção, ao implemento da clausula”¹⁶⁶.

Em comentário ao artigo 3º do Código Civil e tratando da matéria posteriormente transferida para a Lei de Introdução do Código Civil, hoje LINDB, José Augusto César criticou a definição de direito adquirido insculpida no dispositivo, o que toca o tema da condição e do direito que ela gera, pois, o direito condicional estava previsto na definição e, como visto, a salvo da incidência de questões de direito intertemporal. Segundo César, a definição legal não distinguia os direitos adquiridos dos demais direitos, não apartando a espécie das faculdades¹⁶⁷, ainda segundo ele, a disposição não se harmonizava com outros dispositivos do Código Civil de 1916. Em desconstrução da definição do artigo 3º, parágrafo 1º, da Introdução do referido código, César afirmou que o dispositivo contrariava o que constava do artigo 74, inciso III, e artigo 118, do Código Civil, no primeiro preceito:

¹⁶⁵Art. 6º, §2º, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Anteriormente, prevista a matéria no artigo 3º, §1º da Introdução do Código Civil (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), cuja redação era substancialmente a mesma da LINDB.

¹⁶⁶GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil, cit.*, p. 150.

¹⁶⁷“De um modo geral, pode-se dizer, as faculdades competem a todas as pessoas ou a certa classe da sociedade em virtude de disposições geraes de direito e não de causas jurídicas especiaes; ao passo que os direitos adquiridos resultam de causas concretas, de títulos específicos, que são factos ou circumstancias agrupadas. Seja, porém, qual for o conceito de faculdade, o que é fora de dúvida é que os direitos facultativos podem ser exercidos, quer esse exercício consista em puros factos, quer em acções contra terceiros. Não caracteriza, portanto, o direito adquirido a possibilidade do exercício. A definição do art. 3, §1 citado tem o defeito capital de não extremar os direitos adquiridos das simples faculdades.” CESAR, José Augusto. *Notas ao Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, [Universidade de São Paulo], São Paulo, v. 24, p. 178, 1928. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/download/65220/67825/86272>. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8227.v24i0p177-183>.

“Dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar.” O segundo já adrede transcrito¹⁶⁸.

Em obra clássica sobre o direito intertemporal brasileiro, R. Limongi França aborda essa incompatibilidade, levantando um ponto bastante relevante, com apoio na noção de retroatividade da condição. Para Limongi França, “a matéria envolve pelo menos duas questões fundamentais: a primeira, consiste em saber se efetivamente a condição tem efeito retroativo; a segunda, em evidenciar se tal efeito, caso afirmativo, seria suficiente para caracterizar o direito adquirido”¹⁶⁹, continua:

Isto posto, uma vez que, em nosso direito, a condição tem efeito retroativo, de duas uma: ou se considera Direito Adquirido o negócio a ela subordinado, alargando-se assim o conceito ortodoxo dêsse mesmo direito; ou se considera simples expectativa, algo que, embora incompletamente, já passou para o patrimônio do titular, e, ainda, com a possibilidade de assim se consolidar¹⁷⁰.

Sobre a incompatibilidade que havia sido detectada por José Augusto César, França observou que:

[...] é preciso não confundir aquisição de direito em relação às partes contratantes, e Direito Adquirido, para os fins de incidência da lei nova. No primeiro caso, predomina o interesse particular; no segundo, o social. Naquele, a questão fundamental é saber a que patrimônio pertence o direito, se do alienante, se do adquirente; neste, o problema que se coloca é o da estabilidade das relações jurídicas, à face do conflito entre a lei nova e a lei do tempo do negócio. Nada impede pois que, sem contradição, o legislador tenha um determinado conceito de aquisição de direitos para a primeira hipótese, e outro para Direito Adquirido, relativamente à segunda¹⁷¹.

No entanto, basta o manejo da dicotomia direito expectativo e direito expectado, como direitos subjetivos dotados de pretensão, para que o problema seja resolvido. O direito condicional é adquirido, porque seu regramento já foi clausulado no negócio jurídico efetivamente entabulado entre as partes e, para esse fim, é eficaz e vinculativo, como é o conceito de direito expectativo, completo em sua funcionalidade.

Já o direito condicionado, ou seja, o direito expectado, aquele cuja eficácia surgirá quando do implemento da condição, não foi adquirido. Todavia, encontra proteção, inclusive

¹⁶⁸CESAR, José Augusto. Notas ao Código Civil, *cit.*, p. 179.

¹⁶⁹FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*, *cit.*, p. 455.

¹⁷⁰*Id. Ibid.*, p. 455.

¹⁷¹*Id. Ibid.*, p. 457-458. Mesmo assim, no atual estado da arte, a questão não encontra tratamento legislativo uniforme, havendo contradição entre o artigo 6º, parágrafo 2º, da LINDB, e o artigo 117 do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece que: “Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados: I. sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento; II. sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.” Assim, para uma eventual alteração da lei tributária, o lançamento se reportará ao artigo 117 do CTN, valendo o princípio da especialidade.

contra a lei nova, porque o direito expectativo instrumental já é adquirido pelo seu titular, referindo-se unicamente ao seu objeto imediato que é adquirir sem perturbações indevidas, sem interferências ao arbítrio de outrem, o direito expectado, esse sim um interesse com apreciação econômica por si só¹⁷².

Novamente, pela análise de R. Limongi França, a linha divisória entre a expectativa de direito e o direito adquirido “está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo”¹⁷³. Assim, quem contrata sob condição suspensiva ou resolutive conta com o fato aquisitivo específico do regime jurídico do negócio condicionado. Em conclusão, o direito expectativo é um direito adquirido.

Por fim, retomando a ideia de que a relação pessoa-a-pessoa é jurídica, ao se afirmar as medidas de conservação, afirma-se que há relação jurídica. Quando o artigo 129 do Código Civil prevê que se reputa verificada a condição maliciosamente obstada, é porque existe um dever de abstenção derivado de uma relação jurídica¹⁷⁴. Não há aí mero interesse sem proteção (mera relação entre o agente necessitado e o objeto que satisfaz sua necessidade), porque existe tutela estatal acionável, inclusive, na linha do que se observou, há um verdadeiro direito subjetivo instrumental e, por seu turno, essa instrumentalidade nada altera a morfologia do direito subjetivo ou formativo, conforme o caso. A realidade estrutural permanece inalterada, muda apenas a função. Há outros direitos acessórios, como o penhor de título de crédito que implica direito subjetivo e de função acessória, o que não significa, subalterna¹⁷⁵. Em suma, (i) direito eventual é expressão tecnicamente superada, indicando direito que poderá ou não acontecer, mas admite medidas de conservação; (ii) expectativa de direito é uma expectativa qualificada pelo poder de exigir de outrem que não perturbe na formação de seu direito *in fieri*; (iii) direito expectativo, dentro da perspectiva aqui adotada, é o direito subjetivo à aquisição de direito subjetivo cuja pretensão,

¹⁷²O direito sob condição, nesse ponto, difere da expectativa, porque ele não se sujeita ao arbítrio de ninguém, ao passo que a expectativa sim. Nesse sentido: PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis, cit.*, p. 32.

¹⁷³FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro, cit.*, p. 445.

¹⁷⁴“Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.” A denominada *finzione di avveramento* do Direito Civil italiano, trabalhando com a ficção de realização da condição maliciosamente obstada, ou então, maliciosamente levada a efeito. Acerca do tema, vale observar ser a ficção uma técnica de tutela da posição do expectante. Ver: BELLIZZI, Antonio. *La finzione di avveramento della condizione quale tecnica di tutela*. In: ALCARO, Francesco (a cura di). *La condizione nell contratto: tra ‘atto’ e ‘attività’*. Padova: Cedam, 2008. p. 164-193. Também: TRIMARCHI, Piero. *La finzione di avveramento e la finzione di non avveramento della condizione*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 823, 1966.

¹⁷⁵Nestor Duarte reputa indiscutível sua natureza acessória, daí a nulidade da obrigação garantida torna nula também a garantia. DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 122-123.

logicamente, não é igual à pretensão do direito final; e (iv) direito expectado é o direito a haver, é o objetivo do expectante quando exerce as medidas de conservação que nada mais são do que a(s) pretensão(ões) de que é aparelhado o direito expectativo.

5 Direito subjetivo, pretensão e direito formativo

Adotar a posição que classifica o direito expectativo como direito subjetivo dotado de pretensão, exige, como consequência, que se defina o que é direito subjetivo.

A definição de uso mais corrente apresenta o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, mas não detalha o histórico subjacente. Menezes Cordeiro remonta à discussão sobre a essência do direito subjetivo, citando Savigny que definiu esse direito como um “poder da vontade, mas na óptica do reconhecimento ao sujeito, de um âmbito de liberdade, independente de qualquer vontade estranha”¹⁷⁶. Mais do que um conceito técnico, há uma ideologia liberal embasando o pensamento¹⁷⁷.

O conceito de direito subjetivo foi depurado do elemento ideológico e passou a ser definido apenas como “um poder ou senhorio da vontade, concedido pela ordem jurídica”¹⁷⁸. Reduziu-se o conceito à ferramenta técnica. Coube a R. von Ihering cunhar a definição consagrada de direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido, assim, essa definição “inverte o flanco definidor do direito subjetivo, passando-o do seu funcionamento para seu escopo; em simultâneo, atribui-lhe o papel de assegurar o aproveitar de bens pelo

¹⁷⁶MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p. 662. No original de Savigny, a ideia-base é a seguinte: “*El derecho, considerado en la via real, abrazando y penetrando por todos os lados nuestro sér, nos aparece como un poder del individuo. En los limites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder ó facultad lo llamamos nosotros derecho, y algunos, derecho em sentido subjetivo.*” SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. del Alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1878. t. 1, p. 25.

¹⁷⁷AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução, cit.*, p. 238. Vale aqui desnudar a dupla vertente do direito subjetivo: a técnica e a ética. Na doutrina clássica, Ribas afirma que: “[...] Mas, ao mesmo tempo que o direito objetivo limita a atividade de todos em proveito de todos, obrigando-nos a praticar certos actos, ou abster-nos de outros, assegura a cada um o livre exercício da sua atividade dentro destes limites, e dá-lhe a faculdade de exigir dos outros a prática ou abstenção de alguns actos. Ora, essa faculdade de obrar livremente dentro da esfera traçada pela lei, e de exigir dos outros certas acções ou omissões em nosso proveito, é o que se denomina direito, no sentido subjectivo.” RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro, cit.*, p. 25. O aspecto da coação estatal é enfatizado, assim como em Savigny, para quem “*el derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado ó atacado, viene la autoridad judicial á reconocer su existencia y extension [...]*” SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual, cit.*, t. 1, p. 25. Sobre a evolução do direito subjetivo e sua crescente socialização, partindo da doutrina francesa, confira-se: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 166-175.

¹⁷⁸MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil, cit.*, p. 663.

sujeito, numa visão defensiva ou conservadora do que fora o pensamento activo de SAVIGNY”¹⁷⁹.

Como observado a respeito desse debate, o tema do direito subjetivo, por ser um conceito central, catapultou discussões filosóficas e metodológicas de amplo alcance que, no fim das contas, tratavam da relação entre o sujeito de direitos e o ordenamento, de como esse sujeito usa e que posição lhe cabe na tutela de seus interesses, o que mostra uma historicidade do direito subjetivo. Por isso que a abordagem relativa ao tema não pode deixar de contemplar o arco evolutivo pelo qual passou a matéria¹⁸⁰.

Uma contribuição interessante, inclusive por seu aporte filosófico, é dada por Goffredo Telles Júnior. Em síntese, o autor define o direito subjetivo como permissão dada por meio de norma jurídica. Telles Júnior afirma que a faculdade humana de agir, a denominada *facultas agendi*, como ser em potência, é anterior ao direito subjetivo; ter a faculdade de agir não equivale a ter a permissão para agir. O autor nega também que o direito subjetivo seja “o poder da vontade”, dando um exemplo bastante convincente: o do herdeiro que pode ser titular do direito subjetivo sem sabê-lo¹⁸¹. Telles Júnior nega, ainda, que o direito subjetivo seja um “interesse juridicamente protegido”, apontando para uma sinédoque:

A expressão “*interesse*”, nessa famosa definição de Jhering (*O Espírito do Direito Romano*), designa utilidade, vantagem, proveito, assegurado pelo Direito. Refere-se tanto a bens materiais como a bens espirituais (vida, liberdade, honra, nome, etc.)

Nessa definição, “**interesse**” significa “**aquilo que interessa.**” Ora, **aquilo que interessa** – utilidades, vantagens, proveitos – não são direitos, mas **objetos de**

¹⁷⁹A definição de Ihering não é imune a críticas, tal como aponta A. von Tuhr, primeiro, pondo em perspectiva a questão da vontade, tão criticada como elemento definidor do direito subjetivo, sob o argumento de que, valendo isso, os incapazes de manifestar sua vontade criariam um impasse abrindo uma exceção e inutilizando o conceito de direito subjetivo como poder da vontade. Para Tuhr é da vontade potencial que se cuida: “[...] *Lo que importa realmente, es la voluntad potencial: la cosa tiene que quedar a disposición del propietario para el caso de que quiera utilizarla y, por eso, tiene que ser protegida contra acometidas extrañas, aún durante el tempo en el cual no quiera o no pueda ocuparse de ella. Concebido en estos términos, el señorío de la voluntad existe también en las personas incapaces, aun cuando el sujeto no pueda ejercerlo. Trátase de circunstancias que, o son pasajeras (infancia) o se conciben como tales (enfermedad mental). Los bienes jurídicos de estas personas encuentran protección a fin de que ellas puedan ejercer su voluntad cuando sean capaces, o para que puedan ejercerlo sus herederos.*” TUHR, A. von. *Derecho civil: los derechos subjetivos y el patrimonio*. Madrid: Marcial Pons, 1998. v. 1, p. 60-61. Ainda sobre o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, Tuhr observa que há casos de direito do titular, mas cujo exercício se dá em interesse de outrem e constrói seu argumento com os exemplos do pátrio poder (poder familiar) e dos poderes do tutor que seriam direitos com exercício em razão dos filhos ou do tutelado, trata-se do que Goffredo Telles Júnior define como direito-função: “O Direito-função é o Direito subjetivo da pessoa de exercer a função que lhe é designada por norma jurídica e, concomitantemente, a obrigação de exercê-la.” TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito, cit.*, p. 294. Hodiernamente, esse poder-dever não pode ser enquadrado como direito.

¹⁸⁰VATTIER FUENZALIDA, Carlos. Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, p. 5, 1981. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1981-10000300040. Acesso em: 23 jul. 2022.

¹⁸¹TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito, cit.*, p. 262.

direitos. São bens. São objetos ou bens de que se utilizam as pessoas que tiverem o direito de fazê-lo.

Um bem, por mais assegurado que estiver, não será jamais um direito – um Direito Subjetivo. Um bem é um **objeto** – material ou espiritual – de que uma pessoa pode ter **permissão** de utilizar. A **permissão para utilizar um bem** é que constitui o Direito Subjetivo¹⁸².

Pontes de Miranda também critica a definição de R. von Ihering, divisando uma definição na dimensão política e uma definição, daí sim científica, na dimensão dogmática eis que, como insiste por diversas vezes, a regra é *prius* em relação ao direito subjetivo e, mais ainda, o interesse é *prius* em relação à elaboração daquela¹⁸³. A definição estrita de direito subjetivo, partindo do marco teórico ponteano, “é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra em algum suporte fático”¹⁸⁴. O seu conceito de direito subjetivo, então, compreende toda a posição jurídica de vantagem, resultante da incidência da regra jurídica sobre o suporte fático. Indo além, ao poder da esfera jurídica de alguém corresponde uma contrapartida, a limitação em algum nível, da esfera de outrem.

Amalgamando as diversas doutrinas ao longo do tempo e criando uma concepção integradora, Carlos Vattier Fuenzalida propõe que o direito subjetivo é um conceito complexo, constituído da síntese de diversos elementos, para os quais concorrem um poder formal do sujeito, enquanto se lhe garante uma posição de liberdade e preeminência sobre outros. No entanto, esse poder não é material, é de fundo jurídico, deriva da norma concretamente referida a esse sujeito. Daí, segundo Fuenzalida, ao lado do elemento formal está o elemento material consistente na proteção do interesse do sujeito, conferida ao próprio sujeito, na tentativa de juntar à imperatividade da norma estatal sua convergência ao sujeito que, autorizado pelo ordenamento, possui uma atuação juridicamente tutelada, somando-se ao seu interesse e sua vontade, eis que, em última análise é ele o sujeito, por sua volição, quem deflagra o exercício efetivo da pretensão que lhe cabe¹⁸⁵.

¹⁸²TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 262. Explica-se o porquê de enquadrar a figura de linguagem como sinédoque, cujo étimo grego *synekdoché* significa comparar várias coisas simultaneamente, que “se funda na relação de compreensão e consiste no uso do todo pela parte, do plural pelo singular, do gênero pela espécie, etc.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1860.

¹⁸³“A definição de R. von Ihering (interesses juridicamente protegidos) seria certa e é certa, porém, apenas como definição do direito, que se pode dar, estando-se na dimensão política. Note-se bem: estando-se na dimensão política, a ver-se o direito em sua gestação. Não é definição científica, e não disfarça a tautologia. Tanto mais defeituosa se revela quanto se apura que há interesses protegidos pela regra jurídica *in abstracto* que, *in concreto*, não existem para o titular do direito. O curador que não quer ser curador exerce direitos que, em princípio, lhe desagradam.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 229.

¹⁸⁴*Id. Ibid.*, p. 226.

¹⁸⁵VATTIER FUENZALIDA, Carlos. Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo, cit., p. 29-30.

Em suma, o que se retém do conceito de direito subjetivo, para fins de desenvolvimento da presente análise, é o poder, derivado da incidência de regra jurídica, de atuação na esfera jurídica de outrem a quem corresponde um dever. Pretensão é a face operativa do direito subjetivo: mal comparando, é a eficácia da eficácia, já que os direitos subjetivos, eles próprios, estão nesse plano como resultante do fato jurídico. Aliás, direito subjetivo, assim como todo direito potestativo, toda pretensão, ação ou exceção, atua no plano da eficácia, embora existam direitos subjetivos sem pretensão, não sendo ela um elemento vital à existência do primeiro conceito¹⁸⁶.

Desdobrando os problemas em torno da **pretensão**, Pontes de Miranda afirma que a “pretensão é a posição jurídica subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”¹⁸⁷. O autor observa, então, que todo direito exigível possui pretensão, não havendo exigibilidade sem ela; pretensão é a tensão para algum ato ou omissão contra outra pessoa¹⁸⁸. Trata-se da projeção do direito (continente) como atuação jurídica (conteúdo) para exigir algo de alguém. A pretensão é a projeção do direito diante do descumprimento do dever jurídico que lhe corresponde, sendo oportuna a nuance apontada por Miguel Reale, para quem a pretensão exerce um papel de interface entre o direito material e o direito processual, definindo-a como

o vínculo deontico de co-implicação entre o direito subjetivo material e a ação, pois é inerente a todo direito subjetivo a possibilidade de pretender algo, variável segundo o conteúdo da regra de direito (por exemplo, o recebimento de uma prestação contratual, o uso de um bem, etc.) e, ao mesmo tempo, a possibilidade de pretender a tutela jurisdicional do Estado a fim de que a pretensão se torne efetiva¹⁸⁹.

¹⁸⁶ “O direito subjetivo não é só o que é dotado da pretensão a que algo se ponha de lado, ou exclua, ou se desfaça a contrariedade a direito, tal como o definia A. THON (Rechtsnorm und subjektives Recht, 218, 223, 282 s.), porque isso é secundário, como o seria, e ainda mais, o defini-lo pela ação.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 241. Em consulta a August Thon é de interesse a seguinte passagem, extraída da obra traduzida para o italiano, em que se coloca que o direito subjetivo vem fundado na perspectiva da pretensão, ou, mais precisamente, essa perspectiva surge, para o objeto tutelado pela norma de direito objetivo, quando há a transgressão da mesma, o que assegura ao sujeito um meio, a pretensão, a finalidade de realizar aquilo que era comandado ou de remover aquilo que era vedado. THON, Augusto. *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*. 2. ed. Trad. Alessandro Levi. Padova: CEDAM, 1951. p. 206-207. Noutra passagem, o mesmo Thon afirma que “*il diritto soggettivo consiste nell’aspettativa di pretese.*” *Id. Ibid.*, p. 266.

¹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 452. Alerta o mesmo autor que as pretensões não se limitam às prestações de fazer ou não fazer; há muito mais além disso. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. t. 1, p. 452-453.

¹⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 452.

¹⁸⁹ REALE, Miguel. Situações subjetivas e direito subjetivo. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 71, p. 23, jan. 1976. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66771/69381>.

Naquilo que interessa ao contexto, o direito expectativo é direito subjetivo com pretensão porque as medidas de conservação são oponíveis a outro, especialmente pleiteando uma prestação negativa, assim, a lei não deixa dúvida, quando o artigo 126 do Código Civil estabelece que, pendente condição suspensiva, as novas disposições não terão valor, uma vez realizada a condição, se com ela forem incompatíveis¹⁹⁰.

Há uma pretensão do expectante, nessa previsão legal, dialogando com o artigo 130 do Código Civil porque, no fim das contas, toda medida de conservação volta-se contra disposições ou atos jurídicos incompatíveis. Se a disposição for compatível com a condição (no caso, suspensiva), a medida de conservação perderá seu interesse, podendo ser afastada em juízo.

O expectante só pode coarctar a atuação alheia na exata medida em que essa atuação seja incompatível com o direito expectado. Sem essa incompatibilidade, verdadeira lesividade, não há base para interferir na esfera jurídica de outrem. No léxico processualista, faltaria à medida o necessário interesse de agir.

Avançando, o direito potestativo é aquele em que não há pretensão. Tema de profunda importância, inclusive – como é de conhecimento largamente difundido na comunidade jurídica –, para diferenciar o que prescreve e o que decai¹⁹¹, o direito potestativo

¹⁹⁰Um passo teórico que será detalhado posteriormente, mas que pode ser adiantado, naquilo que reforça o argumento de que o direito expectativo é sim um direito subjetivo, aborda o corte *hohfeldiano* cuja correlação entre pretensão e dever é evidenciada. Só há pretensão de exigir uma conduta ou uma prestação porque há um dever em assim fazer ou prestar. Nesse ponto, como uma primeira aproximação, vale citar: “Portanto, através da análise de casos concretos, Hohfeld chega à conclusão [de] que direito em sentido estrito é uma pretensão com respaldo legal, e que toda pretensão tem um dever correlato obrigatoriamente, dado que para que uma pretensão baseada na lei seja violada é necessário que alguém descumpra seu dever proveniente e criado pela mesma lei. Sendo assim, a lei como vale para todos, ao criar direitos cria também deveres correlatos, e quando os deveres são descumpridos os titulares dos direitos violados pedem, através de ações judiciais, para que o Estado faça que suas pretensões legais prevaleçam através das sentenças.” FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 31, p. 39, jul./dez. 2007. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Ferreira_n31.pdf.

¹⁹¹Esclarece José Fernando Simão afirmando que tratar de prescrição e decadência tem como antecedente tratar da distinção entre direito subjetivo e direito potestativo, o que já põe as coisas no seu devido lugar. Daí, pondera a propósito da classificação dos direitos, argumentando que o direito potestativo, não depende da colaboração da contraparte, portanto, não é passível de violação. Ao contrário, “a noção de prescrição se refere aos direitos colaborativos, ou seja, àqueles em que pode ocorrer uma violação por descumprimento de uma prestação. Nas palavras de Agnelo Amorim Filho, só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda (direito a uma prestação). Note-se que, ainda com base na teoria imanentista, afirma o autor que ocorre a prescrição da ação, enquanto atualmente afirma-se que o que prescreve é a pretensão. Isso porque o direito de ação, atualmente, é compreendido como o direito de se buscar uma decisão judicial, ou seja, trata-se de direito incondicionado de buscar no Poder Judiciário, via de regra, a solução de um litígio. Tal direito conta com garantia constitucional. Se a prescrição atingisse efetivamente o direito de ação, seria ela um fator que impediria o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que é algo inadmissível no Estado Democrático de Direito.” SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 185.

tem como característica marcante a ingerência sobre a situação jurídica de outrem, sem necessidade de uma prestação ou qualquer contrapartida, uma vez que existe uma alteração na esfera jurídica alheia independente de qualquer outra atuação. Há uma potestade quando há sujeição da esfera alheia, quando o exercício do direito interfere, sem qualquer outra intermediação na relação jurídica, com o polo oposto¹⁹². Em síntese, o direito potestativo é um direito de poder jurídico; o próprio poder é em si um direito, ao contrário do direito subjetivo, em que o direito é à pretensão e ao bem a que, mediadamente, ela visa.

Para Francisco Amaral, “os direitos potestativos (do italiano *potestà*, poder) dizem-se também direitos de formação, no sentido de que permitem ao seu titular modificar, de modo unilateral, uma situação subjetiva de outrem, que, não podendo evitá-lo, deve apenas sujeitar-se”¹⁹³.

Igualmente, José Fernando Simão observa que “direito potestativo se opõe a um estado de sujeição da outra parte da relação jurídica, ou seja, o direito potestativo é exercido independentemente da concordância ou colaboração do sujeito passivo. Há efetivamente uma submissão à autoridade alheia”¹⁹⁴.

Ainda sobre a crítica que é feita à figura do direito potestativo, Agnelo Amorim Filho destaca que: “alega-se que eles nada mais são do que faculdades jurídicas, ou, então, manifestações da capacidade jurídica, e que não se pode admitir a existência de um direito ao qual não corresponda um dever”¹⁹⁵. Refutando a validade de tais críticas, Amorim Filho explica que o direito potestativo não equivale a uma mera faculdade porque o estado de sujeição gerado por ele opera-se até contra a vontade daquele contra quem vai incidir o direito; já a faculdade, afetar-se apenas a esfera jurídica do terceiro, se este quiser. Por

¹⁹²Para Carnelutti todo direito subjetivo possui uma essência potestativa porque há um elemento de sujeição da parte contrária. Diz ele: “*O que se aproveita na noção do direito potestativo é a intuição de que o direito subjetivo tem a substância da potestas. O erro está em supor que só certos direitos é que têm esta substância.*” CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito, cit.*, p. 271.

¹⁹³AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução, cit.*, p. 251.

¹⁹⁴SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos, cit.*, p. 183. José de Oliveira Ascensão pontua que o “tipo” direito potestativo é sobreponível às espécies de direitos em geral. Então, conforme sua análise, há direitos que podem ter uma “atuação potestativa”. Explica: “Assim, os chamados direitos reais de aquisição são direitos de atuação potestativa, ao menos na normalidade dos casos. O titular pode fazer reverter um direito para si. No caso de alguém construir em terreno alheio, o direito de, por acessão, o dono do terreno ou o dono da construção (consoante os casos) fazerem reverter para si a propriedade da construção ou do terreno é concebível como um direito potestativo. Na realidade, isto deriva de o direito potestativo ser moldado por um critério diverso do que preside à especificação dos restantes direitos. Nos outros atende-se ao conteúdo, aqui a um aspecto meramente estrutural, que é o de o modo de atuação ser potestativo. As sobreposições são assim fatais: os restantes direitos também podem ser de atuação potestativa.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas, cit.*, v. 3, p. 82-83.

¹⁹⁵AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 744, p. 729, out. 1997.

exemplo, o proprietário tem a faculdade de vender (dispor) da coisa, mas, como é evidente, compra quem quer. Com base na doutrina de Chiovenda, Amorim Filho destaca ainda que a modificação de estado jurídico, cujo interesse é interromper uma relação jurídica ou constituir uma nova, mostra-se um bem e que, como soa evidente, toda atuação na esfera jurídica de outrem é direito (senão é arbítrio puro, uma vez que esse outro também goza do *status libertatis* que só é coarctado por lei ou direito)¹⁹⁶. O autor conclui que se o direito potestativo for uma faculdade jurídica, no mínimo, trata-se de uma classe especial de faculdades “cujo exercício cria um estado de sujeição para terceiros”¹⁹⁷, o que não é o padrão das faculdades jurídicas em geral. A nota distintiva, para a potestatividade como categoria jurídica, é o estado de sujeição.

Uma expressão marcante da doutrina portuguesa, colhida em Heinrich Ewald Hörster e Eva Sónia Moreira da Silva, qualifica o direito potestativo como verdadeiro direito a uma modificação jurídica. Mesmo assim, os autores alertam que o exercício do direito potestativo é cercado de cautelas, especialmente os direitos ditos extintivos. Dizem eles:

De qualquer modo, os direitos potestativos, designadamente os extintivos, estão rodeados de cautelas especiais, tanto em relação ao seu nascimento e à legitimação do seu exercício, como a respeito do modo de seu exercício válido. Estas cautelas explicam-se, uma vez que não há um equilíbrio obtido por meio de um consenso. Daí que haja, sob vários aspectos, uma preocupação da lei em chegar a soluções equilibradas, assentes em premissas normativas, e em dar a proteção devida (mas não mais) aos interessados, **inclusive** como resultado de motivações sociais ao abrigo do princípio da proteção dos mais fracos¹⁹⁸. (Destaque no original.)

Nota-se que existem direitos oponíveis ao direito extintivo. No caso brasileiro, pode-se verificar no artigo 473, princípio unificador do Código Civil, um exemplo elementar de direito oposto àquele **extintivo** consistente na rescisão unilateral. Nesse contexto, o direito extintivo fica sem efeito, produzindo-os somente “depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” (art. 473, Código Civil). Também na lei de locações há limitações para o direito de rescisão, nos termos do seu artigo 53, restringindo a rescisão aos casos do artigo 9º, especialmente, infração contratual ou legal e falta de pagamento do aluguel e encargos, bem como aos casos de o proprietário ou possuidor imitado

¹⁹⁶AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, *cit.*, p. 730.

¹⁹⁷*Id.* *Ibid.*, p. 730.

¹⁹⁸HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A parte geral do Código Civil português*, *cit.*, p. 264-265.

na posse “pedir o imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil”¹⁹⁹.

Válido trazer também a contribuição de David de Oliveira Festas, em estudo sobre os poderes potestativos, que divisa os seguintes pontos acerca de sua fundamentação e praticabilidade: (i) a rigor, a força do direito potestativo enquanto “possibilidade de conformação unilateral da esfera jurídica de outra pessoa, confere ao seu titular um poder não despreciando que, em princípio, lhe estaria vedado”²⁰⁰; (ii) exatamente por isso, “os poderes potestativos com destinatário introduzem nos quadros do Direito civil relações de tipo vertical, tradicionais no Direito público, mas habitualmente excluídas do Direito privado”²⁰¹; (iii) essa força anormal para as relações privadas, portanto, deve ser sopesada quando de seu exercício efetivo. Essa controlabilidade pode, inclusive,

em domínios em que existe um desequilíbrio entre o titular do poder potestativo e o sujeito que se encontra em sujeição, ou em que os interesses em causa assumem particular relevância, a lei por vezes exige ou as partes estabelecem que no próprio acto de exercício sejam expostos os factos constitutivos do mesmo²⁰².

Festas exemplifica com o caso da despedida por justa causa, encerrando contrato de trabalho, situação que também ocorre no Direito Brasileiro²⁰³. Como se vê, a

¹⁹⁹Ainda interessante, versando sobre o citado artigo 53 da Lei de Locações, que, há, nessa previsão, um privilégio legal concedido em nome do interesse coletivo. Vale transcrever o seguinte excerto doutrinário: “A liberdade do locador praticamente inexistente aqui. Só há verdadeiramente uma hipótese de denúncia unilateral do contrato, cujos contornos são tão difíceis de ocorrer na prática (reforma que aumente em mais de 50% a área útil do imóvel), que é possível afirmar ser esta uma das raras hipóteses de contrato verdadeiramente perene ou eterno do Direito brasileiro. Em nome da proteção coletiva da saúde, dos idosos, da educação e da liberdade religiosa, coloca-se a liberdade contratual de lado. A técnica para isso é o que chamaremos de eternização compulsória do contrato. Aqui, duração justa e duração útil do contrato se confundem, pois a lei está mais preocupada com a verdadeira função social do contrato (utilidade deste contrato para a sociedade), que é próxima da função individual dele ao permitir aos locatários o exercício de suas atividades (o término do vínculo pode levar ao encerramento das atividades) do que com a função individual ou econômica que ele tenha para o locador (curva de utilidade marginal do locador).” ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. 2011. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 339.

²⁰⁰FESTAS, David de Oliveira. Breves considerações sobre os poderes potestativos. In: MENEZES CORDEIRO, Antonio (Coord.). *Código Civil. Livro do Cinquentenário*. Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge. Coimbra: Almedina, 2019. v. 1, p. 320.

²⁰¹*Id. Ibid.*, p. 321.

²⁰²*Id. Ibid.*, p. 336.

²⁰³“O artigo 165 da CLT, usando a mesma expressão eleita pelo constituinte originário, conceitua despedida arbitrária como sendo aquela ‘que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro’.” SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 247. Sobre a justa causa ainda, no âmbito do Direito Brasileiro, a opção vigente é aquela do sistema enumerativo, logo, é coerente com esse sistema o fato de que os fundamentos da rescisão sejam exclusivamente aqueles arrolados na lei. ZAINAGHI, Domingos Sávio. *A justa causa no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 25.

controlabilidade e a perquirição de possível abuso em tema de direito potestativo é sempre uma questão que se coloca.

Por sua vez, Pontes de Miranda compreende o direito potestativo como gênero do qual o direito formativo é espécie. O autor detalhou o histórico de denominações do fenômeno analisado – todavia, sem aprofundar (o que é raro) a distinção entre os institutos – e enfatizou o elemento poder de sujeição no direito potestativo; no direito formativo, a ênfase está na referibilidade às possíveis combinações de direitos geradores, modificativos ou extintivos de relações, sem qualquer participação do outro polo da relação obrigacional, como é o direito de escolha nas obrigações alternativas, a constituição em mora, dentre outros²⁰⁴.

Finalmente, Pontes de Miranda distingue direito expectativo de direito formativo, observando que, no primeiro, a formação, o completamento do direito expectado depende de fatores alheios ao expectante e provável titular. Já no direito formativo, não: a participação do titular do direito é decisiva. Segundo o autor,

O **direito formativo gerador** não se confunde com o **direito expectativo** à aquisição: aquele leva à aquisição, pelo exercício; esse só depende de elemento em que não entra a vontade do titular. Tanto o direito à aquisição que resulta da transmissão com prazo inicial (=a termo inicial) quanto o direito à aquisição a termo final são direitos expectativos, – não são direito formativos geradores. São direitos a adquirir direito, sem que se precise, para isso, de ato humano. O que suspende ou retarda a resolução é eliminado pelo fato-térmo. Tanto os direitos formativos geradores quanto os direitos expectativos aludem a direito que se vai adquirir; a diferença entre eles está em que, ali, o direito a formar-se depende do exercício do direito formativo gerador, e, aqui, o tempo ou acontecimento é que faz surgir o direito expectado²⁰⁵. (Destques no original.)

²⁰⁴Em uma passagem do Tomo V, Pontes de Miranda observa que: “Se atendemos a que à pessoa é dado o poder, às vezes, de influir na esfera jurídica de outrem, adquirindo, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações e exceções, ressalta a existência de direitos formativos que são espécie de direitos potestativos.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 242. Em outra passagem, o autor faz o inventário da evolução científica do tema: “Nos séculos passados, os juristas percebiam a existência de direitos formativos; não os isolavam, nem lhes apontavam a classe. Aqui e ali, falava-se de direito a adquirir. Já em 1889, L. ENNECERUS (*Rechtsgeschäft, Bedingungen und Anfangstermin*, 600 s.) dera uma dúzia de exemplos. Depois, ERNST ZITELMANN (*Internationales Privatrecht*, II, 32 s) colheu o conceito dos direitos potestativos, dos ‘pode-direitos’ (*Kannrechte*), dos direitos de poder jurídico (*Rechte des rechtlichen Könnens*), que K. HELLWIG (*Lehrbuch*, I, 215) adotou, forjando-lhes o nome, ambíguo, de ‘direitos às modificações jurídicas’ (*Rechte auf Rechtsänderungen*). Foi E. SECKEL (*Die Gestaltungsrechte*, 205 s.) quem lhes deu, em 1903, o de direitos formativos. O conceito de ERNST ZITELMANN pôs fora os direitos a adquirir sem ato do titular; e o mesmo aconteceu ao conceito de E. SECKEL, com a vantagem, para esse, de poder servir o nome a conceito mais largo.” *Id. Ibid.*, p. 308. No entanto, Pontes de Miranda não esclarece a diferença entre o gênero e a espécie. Vicente Ráo, por sua vez, parece tomar direito potestativo como direito formativo. Veja-se a passagem: “Potestativos’ seriam os direitos formados pela faculdade de constituir ou extinguir uma relação jurídica, mediante declaração unilateral de vontade.” RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos, cit.*, p. 952.

²⁰⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 285-286.

A importância da conceituação do direito potestativo, no presente contexto, relaciona-se com o que encerra a condição denominada *si voluero*, ou puramente potestativa, um verdadeiro poder de interferência assemelhado. Porém, exatamente porque trata de uma sujeição pela vontade, não pode um direito potestativo ser fixado como cláusula condicional, pois discrepa da definição legal de condição a exigir a futuridade e incerteza do evento, ou seja, que o evento não esteja sob o controle de nenhuma das partes.

Acrescente-se que direito formativo não equivale a direito expectativo porque, como se viu, embora ambos visem à aquisição de outro direito, no direito formativo o suporte fático é preenchido por uma atuação de seu titular, o que não acontece no caso do direito expectativo. Pelo contrário, considerando o exemplo da condição, a atuação do titular do direito expectativo chamará a incidência o artigo 129, *in fine*, do Código Civil, que reputa não verificada a condição “maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento”. Ainda, o exemplo do contrato de opção é bastante elucidativo, figura na qual muitos visualizam a presença da condição puramente potestativa, o que não é verdade, isso porque a opção atua para constituir o direito, performando uma nova situação jurídica ativa.

A esse respeito, Fernanda Mynarski Martins-Costa observa que:

se a opção fosse compra e venda condicional, haveria uma condição puramente potestativa, uma vez que o beneficiário é titular de um direito formativo de optar pela formação ou não do contrato optativo, sem que houvesse qualquer interesse apreciável interferindo na sua escolha²⁰⁶.

A única observação crítica que se faz é a de que o contrato de opção já existe antes do exercício da opção. Paga-se por um contrato que, durante determinado período, estabelecerá o direito de optar ou não. Mesmo sem o exercício da opção, o período de tempo em que a opção esteve à disposição é contrato cumprido.

A estruturação do contrato de opção, conforme exemplo tomado de José A. Engrácia Antunes, dá-se da seguinte forma: suponha-se que o investidor A não esteja seguro acerca da possibilidade de alta das ações da sociedade X, preferindo conservar uma margem de decisão que lhe permita acompanhar a evolução do título durante três meses, e que o acionista B esteja disposto a conceder esse período de três meses em troca de contrapartida pecuniária. Assim, ambos formalizam o contrato de opção, B concede a A o direito, mas não a obrigação, de adquirir a quantidade acordada de ações da sociedade X, pelo preço unitário de determinado valor, mediante o pagamento de um prêmio. Supondo um preço unitário por

²⁰⁶MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 85.

ação X de R\$ 25,00 e um prêmio de R\$ 5,00, no fim do período combinado, se a ação tiver uma valorização e fechar em R\$ 35,00, o investidor A terá um lucro de R\$ 5,00 por ação (correspondendo a diferença do preço final e a soma do preço acordado mais o prêmio). Se o preço final for inferior, R\$ 20,00 por exemplo, e não valer a pena exercer a opção, a perda foi de R\$ 5,00 equivalente ao prêmio. E, se for igual, não há ganho no exercício da opção²⁰⁷. Por conseguinte, a arquitetura jurídica desse contrato nada tem de condicional: a condição depende de evento futuro e incerto, sem a participação da vontade do declarante, a não ser no momento da constituição do negócio condicionado e jamais na formação da condição implementada. Nesse ponto, como se vê no exemplo, a opção é exclusiva atuação da vontade, sem qualquer incerteza fora do controle da parte²⁰⁸.

Vera Helena de Mello Franco explica que a opção confere um direito, não um dever, de compra ou de venda de determinada quantidade já prefixada de ações, por um preço já prefixado e que, se for inferior à oscilação, gerará lucro para o optante²⁰⁹. O certo é que referido tipo contratual trata a própria possibilidade de **optar** como objeto do contrato, isto é, um bem economicamente apreciável, para o qual há uma contrapartida (o prêmio), com a função de alargar o poder de decisão do optante e, conforme o caso, atender a uma finalidade especulativa²¹⁰.

Em conclusão, (i) direito subjetivo é o poder de atuar na esfera de outrem a quem corresponde um dever; (ii) pretensão é o poder de exigir o cumprimento do dever; (iii) direito formativo é um direito em formação (não formado ainda) para cuja completa realização depende exclusivamente da atuação do titular, sem nenhum dever correspondente, pelo que não há pretensão. Em suma, o contrato de opção não é estruturado com uma condição potestativa, é estruturado, isso sim, mediante um direito formativo gerador e, uma vez exercida a opção, surge a obrigação da parte contrária de venda ou compra, nas condições adrede fixadas.

²⁰⁷ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. 5. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017. p. 641-642.

²⁰⁸“O direito de opção representa o elemento central do conteúdo contratual. Este direito – que se constitui na esfera jurídica de uma das partes (optante ou beneficiário), e cujo exercício depende da sua exclusiva vontade, colocando a outra parte (concedente) numa situação de absoluta sujeição [...]” *Id. Ibid.*, p. 644. Obviamente, externas ao contrato de opção existem as incertezas relativas aos riscos das flutuações dos ativos que poderão ou não ser adquiridos, fazendo valer a pena ou não exercer a opção.

²⁰⁹FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 46.

²¹⁰DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996. v. 1, p. 343.

CAPÍTULO II. CONDIÇÃO: PERFIL HISTÓRICO-DOG MÁTICO

É necessário, para os alicerces do presente trabalho, tratar do perfil da condição e de sua estrutura, porquanto é imprescindível saber identificá-la e distingui-la de figuras próximas como o termo e a pressuposição. Naturalmente, há que se identificar também suas espécies. Como dito na Introdução deste trabalho, existe ainda a preocupação de fazer algo diferente de uma mera recensão histórica, passando pelo Direito Romano, intermédio, Luso-Brasileiro, até se chegar à situação atual da matéria: o propósito é o de problematizar os contornos do instituto, buscando elementos que serão manejados ulteriormente e tratando, brevemente, também das denominadas condições precedentes muito próprias de grandes operações empresariais, mas que podem ou não equivaler à condição propriamente dita.

1 Estrutura e distinções da condição

Da palavra **condição** convém ressaltar seus múltiplos significados para o Direito, como observa Carlos Alberto Dabus Maluf, destacando diversas acepções, com apoio da doutrina italiana²¹¹.

GIULIO GRAZIOLI observa que, na linguagem comum, a palavra condição tem tido através dos séculos, e tem ainda hoje, uma multiplicidade de significações, que repercutem nas divergências científicas sobre a própria etimologia, e que se renovam na linguagem jurídica, na qual se encontra em sentido tão amplo que, muitas vezes, é empregada sem lhe corresponder uma ideia precisa. O autor especifica as seguintes acepções: a) uma deliberação, uma ordem, um pacto; b) o estado ou qualidade das pessoas; c) as qualidades requeridas para contrair matrimônio; d) a posição em que pode encontrar-se uma pessoa em consequência de uma obrigação; e) a situação ou a propriedade de uma coisa ou de um negócio jurídico; f) a posição de uma pessoa, em si e em relação aos bens; g) o modo etc.

Maluf aponta ainda que o Código Civil utiliza a palavra **condição** em pelo menos 34 de seus dispositivos, porém, nem sempre com a acepção técnica²¹².

²¹¹MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil*: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva, *cit.*, p. 21. O próprio termo *condicio* já nas fontes romanas é polissêmico. MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. *Pacto de melhor comprador*: configuração no direito romano (*in diem addictio*) e projeções no direito atual. Madrid: Dykinson, 2010. p. 76-77.

²¹²Muitas vezes, o termo condição designa elementos essenciais à formação dos contratos, tal como reporta a doutrina mais autorizada: “Cumprir não perder de vista que o legislador francês, segundo a observação de Baudry-Lacantinerie e Barde, fala em condições para designar os elementos essenciais à formação dos contratos, no art. 1.108.” MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil*: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva, *cit.*, p. 22. Nesse ponto, no direito francês: BEUDANT, Ch. *Cours de droit civil français*. 2. éd. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1936. t. 8, p. 530.

O italiano Sergio Maiorca também detalha essas distinções, diferenciando pelo menos três acepções do termo: (i) em linguagem vulgar, condição significa cláusula; (ii) naquilo que ele chama de “*vecchia lingua giuridica francesizzante*”, significa qualquer fato de que dependa uma consequência jurídica; (iii) e, na língua jurídica “*germanizzante*”, condição significa o evento futuro e incerto do qual as partes fazem depender um ou mais efeitos do negócio²¹³. Zeno Veloso aponta para o uso indistinto da palavra condição, seja para designar a cláusula que subordina a eficácia do negócio jurídico (condição subjetiva), seja para designar o fato condicionante, o fato do qual depende a eficácia do negócio (condição objetiva)²¹⁴.

A melhor opção, porém, parece ser a nomenclatura que divide **condição-cláusula** e **condição-fato**, a previsão da condição na declaração do negócio e o suporte fático preenchido pelo fato futuro e incerto que se apresenta. A primeira, é elemento volitivo do suporte fático; a segunda, essa sim, realizando a primeira, atua no plano da eficácia. Essa sutileza foi intuída por Messineo²¹⁵ e por A. Von Tuhr²¹⁶, mas foi maiormente trabalhada por Pontes de Miranda e sua distinção seminal, operando os planos do negócio jurídico, em que articula a distinção, dentro de sua lógica irretocável, próxima da exatidão matemática, afirmando que a cláusula de condição é o elemento qualificado da autonomia privada, não-necessário, deixado à vontade do figurante; já a condição-fato é elemento da eficácia do fato jurídico²¹⁷. A condição-cláusula é a veste contratual de um fato hipotético de cuja existência dependem efeitos do negócio em que é aposta; a condição-fato é o disparador de efeitos protraídos pela condição-cláusula.

Martins-Costa, bem coloca a questão, exemplificando que

em uma compra e venda condicionada à concessão de autorização de algum órgão regulamentador, a condição-cláusula será a cláusula contratual mediante a qual foi convencionado que a autorização do órgão regulamentador seja concedida. O evento desta autorização será a chamada **condição-fato**²¹⁸. (Destaque no original.)

²¹³MAIORCA, Sergio. *Condizione (sintesi di informazione)*, cit., p. 211.

²¹⁴VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, cit., p. 21.

²¹⁵MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, cit., t. 2, p. 460.

²¹⁶TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*, cit., v. 3, p. 244.

²¹⁷“Aqui, convém distinguir-se rigorosamente (o que faltou à doutrina) a condição cláusula de condição, inserta no negócio jurídico, e a condição fato, positivo ou negativo, que a realiza. A condição-cláusula é elemento fático, não-necessário, do ato – elemento deixado, pois, à vontade do figurante, ou dos figurantes, do suporte fático do ato ou do *negotium*, que com ela entra no mundo jurídico. A condição-fato, que se pode dar, ou não se dar, é elemento de eficácia.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 112-113.

²¹⁸MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 24.

Para então concluir que: “Enquanto a primeira está nos elementos volitivos do suporte fático, a segunda se encontra no plano da eficácia”²¹⁹.

Também vale reportar a precisão terminológica a que acede Manuel A. Domingues de Andrade, definindo a condição como cláusula acessória típica dos negócios jurídicos, na qual a eficácia de um negócio (seu conjunto de efeitos) é posta na dependência de um acontecimento futuro e incerto, embora o autor reconheça que, por vezes, toma-se pela expressão condição também o próprio evento condicionante²²⁰.

Embora autores antigos usassem a terminologia condição para definir “o evento futuro e incerto”²²¹, é mister reconhecer que dessa confusão não se aproveita nada, isto porque, se a condição é uma potenciação da autonomia privada das partes²²², na qual a vontade de resultado do negócio jurídico, dobrando-se sobre si mesma, trata até da modulação dos seus efeitos pretendidos, logicamente seu significado técnico está na cláusula que põe a condição e não no evento condicionante em si. A derivação imediata da vontade das partes é a cláusula, o evento em si é a previsão, no plano factual, que se quer que aconteça ou não aconteça, ou seja, é mediatamente vinculada à vontade das partes. A definição legal do Código Civil não deixa dúvidas a esse respeito, tal como consta do artigo 121 atual.

²¹⁹MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 24.

²²⁰ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico*, em especial negócio jurídico, cit., 1974, v. 2, p. 356.

²²¹Denominando como condição o evento condicionante: ROCHA, Manuel António Coelho da. *Instituições de direito civil português*. 6. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886. t. 1, p. 69, § 105. LEAL, António Luís da Câmara. *Manual elementar de direito civil*. Introdução - Parte geral - Direito de família, cit., v. 1, p. 134. DINIZ, Almachio. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1916. p. 107. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 418. De modo mais sofisticado, apresentando a condição como cláusula, veja-se: ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961. v. 2, p. 296. CESAR, José Augusto. *Ensaio sobre os actos jurídicos*. Campinas: Typ. da Casa Genoud, 1913. p. 74. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. v. 1, p. 269. A opinião de Nehemias Gueiros é um caso à parte, porque desce a detalhes bastante importantes e de manejo inusual pelos tratadistas em geral. Gueiros explica que: “As condições nem sempre constituem um **evento** ou **acontecimento**. Dependem, não raras vezes, de um **não-evento** ou de um **não-acontecimento**, como quando se diz: **si não ocorrer tal, ou no caso de não se verificar determinado acontecimento**. Dahi a distinção de condição positiva e negativa, conforme se tenha em vista um facto positivo (acção) ou um facto negativo (omissão). Com a forma que se deu á definição do art. 114, porém, só se teve em mira a condição positiva, desde que se aludiu exclusivamente á constituída por um ‘**evento**’ ou acontecimento. A condição negativa ficou, por conseguinte alheia ao conceito geral da condição, comono-lo deu, imperfeitamente, o legislador brasileiro. E para corrigir a impropriedade da palavra empregada, bastaria substituí-la pelo vocábulo **facto**, que tanto pode ser utilizado para definir o evento como o não-evento, que é, em ultima palavra, um **facto**.” (Destaques no original). GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil*, cit., p. 28.

²²²“La condición es una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad que impera en las relaciones jurídico-privadas. Ella permite a las partes adaptar sus relaciones jurídicas a las inciertas circunstancias del futuro, dar relevancia jurídica a los motivos particulares que tienen para celebrar el negocio, e influir en la conducta de otras personas sin necesidad de imponerles una obligación.” GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *Parte general del derecho civil español*, cit., p. 383.

Há ainda, uma terceira acepção, a *condicio iuris* ou condição imprópria que é apenas a condição legal estabelecida para o suporte fático **abstrato**, o elemento que compõe a hipótese de incidência da norma. Essa acepção radica na lei ou na finalidade objetiva do negócio, à diferença da condição propriamente dita, derivante da vontade das partes. Assim, existir um crédito líquido e exigível contra o seu credor é um pressuposto legal do exercício da compensação, não é uma condição em sentido próprio²²³. Outro exemplo bastante corrente de *condicio iuris* encontra-se referido na jurisprudência, em que, “o deferimento da gratuidade da justiça não obsta a condenação em honorários recursais, que no entanto se submete a condição suspensiva de exigibilidade”²²⁴, por força do artigo 98, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil (CPC).

Insistindo na exploração desse tema lateral, porém, importante, para fins de apartá-lo do regime jurídico das condições próprias, destaca-se que Domenico Barbero dedica um capítulo inteiro à *condicio iuris*, em obra específica que trata da teoria das condições. Barbero afirma, em primeiro lugar, que a condição voluntária está na zona do fato e a condição legal, na zona norma, operando em planos distintos, o que confirma a impossibilidade de recondução a um conceito unitário de condição²²⁵. A negação de Barbero de uma relação em que a condição voluntária e a condição legal seriam espécies de um mesmo gênero, no entanto, não elimina – como o próprio autor reconhece – a importância do conceito de *condicio iuris* como uma realidade que exprime um significado jurídico. Inclusive, em sua perspectiva, ela é um elemento estrutural e constitutivo da global *fattispecie* normativa para a produção do efeito previsto²²⁶.

Destaque-se também a afirmação de que falta à *condicio iuris* a eficácia parcial que a condição voluntária possui. Aqui, vale derivar e ponderar o motivo para essa ausência de eficácia: o elemento alçado ao posto de condição, no tipo normativo, integra um fato

²²³TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*, cit., v. 3, p. 253.

²²⁴STJ, AgInt no Recurso Especial nº 1892201-CE, 4ª Turma, rel. Minª. Maria Isabel Gallotti, j. 19.04.2021.

²²⁵“*Altrettanto – mi pare – è impossibile operare quest’avvicinamento, questa unificazione fra la condicio iuris e la condicio voluntaria. Sono due categorie, due corpi, che si presentano, exteriormente, vestiti di panni somiglianti: l’anima loro, però, la loro forma sostanziale appartiene a nature diverse, fra loro irriducibili.*” BARBERO, Domenico. *Contributo alla teoria della condizione*. Milano: Giuffrè, 1937. p. 76.

²²⁶“*Ma essa è indubbiamente un elemento strutturale e costitutivo di quella che può rappresentarsi come la (più complessa rispetto al semplice atto negoziale) intera fattispecie normativa per la produzione di dati effetti. Senza la condicio iuris, infatti, quel Tatbestand che è l’atto giuridico da essa condizionato, pur essendo perfetto in sé stesso, è ingeneratamente inferiore al bisogno, inidoneo alla produzione dell’effetto giuridico. Onde si può dire che la intera fattispecie normativa, preveduta com e necessario presupposto di determinati effetti, non è compiuta avanti il sopravvenire della condicio iuris; ne sussiste solo una parte, strutturalmente autonoma (e questo há valore per tutti i requisiti dell’atto che ne devono comunicarsi al – ne possono comunicarsi dal – successivo evento), ma – ripeto – funzionalmente, d’una ingênita insufficienza al risultato.*” Id. Ibid., p. 77.

complexo para o qual se exige completude total de elementos, para só então haver direito. Não existe, em linha de princípio, um direito expectativo estruturado como no regime geral da condição voluntária²²⁷, exatamente porque a condição legal integra a estrutura normativa da figura e também porque sua função é outra. Quando o legislador erige uma condição legal, ela é causa verdadeiramente ou, sendo elemento estranho à estrutura primária da norma, ela veicula interesse público relevante que faz suspender os efeitos jurídicos decorrentes. Exatamente porque não se trata de regulação de interesses privados, nem de alocação de riscos **interpartes**, a incerteza não é elemento essencial para a *condicio iuris*.

Daí porque não há medidas de conservação e aplicação por analogia do regime da condição voluntária. Imagine-se, para ficar no exemplo disposto, da concessão do benefício da justiça gratuita do artigo 98, do CPC, cujo parágrafo terceiro faz remissão expressa à condição suspensiva da exigibilidade das verbas sucumbenciais, o manejo de medidas de conservação na espécie. Isso seria um contrassenso porque não há o que conservar, ou o sucumbente, então beneficiário da gratuidade, teve uma mudança na sua situação econômica e daí deve pagar os ônus sucumbenciais do processo, ou então, permanece suspensa a exigibilidade pelo prazo legal de cinco anos. O interesse aqui é público, afim com o livre acesso à jurisdição. Hipótese completamente diferente é aquela dos honorários advocatícios contratados *ad exitum* (cláusula *quota litis* em que, ao fim, o contratado auferir um percentual do proveito econômico do contratante), sendo perfeitamente possível imaginar o manejo de medidas de conservação, antes do êxito da lide²²⁸.

Juan Vallet de Goytisolo, também debruçando-se sobre a discussão a propósito de um conceito unitário de condição, lembra que extremar corretamente a *conditio facti* da *condicio iuris* é fundamental para posicionar o objeto de estudo. A implicação é de regime

²²⁷Pode, eventualmente, haver um direito, mas fruto do contexto. Não como derivação de um regime jurídico de proteção do direito expectado, nos termos do artigo 130 do Código Civil.

²²⁸“EMBARGOS. Execução fundada em título executivo extrajudicial. Prestação de serviços advocatícios. ‘Contrato de honorários’. ‘Cláusula quota litis’. SENTENÇA de rejeição dos Embargos. APELAÇÃO dos executados embargantes, que insistem no acolhimento. EXAME: contrato de prestação de serviços advocatícios com cláusula ‘ad exitum’. Clientes executados que ainda não receberam os valores depositados nos autos do processo ajuizado sob o patrocínio do Advogado exequente. Direito de exigir o pagamento dos honorários convencionais que surge com o implemento da condição suspensiva, ainda não verificada no caso. Direito aos honorários advocatícios ainda não verificado. Advogado que pode pleitear a reserva dos honorários contratuais mediante a juntada do contrato firmado com o cliente. Observância do entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no REsp 1507304/SC. Embargos que comportam acolhimento, com a extinção da Execução embargada por ausência de exigibilidade do título. Aplicação dos artigos 786, ‘caput’, e 803, inciso I, do Código de Processo Civil. Sentença reformada. Recurso Provido.” TJSP, Apel. Cível n. 1001219-22.2020.8.26.0619, 27ª Câmara de Direito Privado, rel. Desª. Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 27.07.2021.

jurídico, portanto, cuida-se de discriminação fundamental, com evidentes consequências práticas.

Ordenando o pensamento de Goytisoló, aponta-se, em primeiro lugar, que a vontade é pretérita e externa ao ato ou negócio jurídico. Assim, o que fica de interno ao ato não é a vontade, é a regulação de interesses que é o conteúdo preceptivo do negócio, então, completa Goytisoló que, para distinguir *condicio facti* de *condicio iuris*, a vontade só não basta. De acordo com o autor, a vontade é fonte criadora, mas não é elemento do ato condicionado pelo evento, como consequência, o fato de que a fonte criadora do elemento condicionante seja a lei e não a vontade privada, não pode por si só significar naturezas distintas de um e de outro evento, senão, unicamente, uma diferença de origem²²⁹. Goytisoló faz, então, um compêndio das tentativas de se isolar a figura, definindo os seus contornos, bem como da crítica correlata a cada uma das correntes principais.

(i) Há doutrina que sustenta a distinção, mas partindo de ângulos díspares, enfocando o evento na análise da *condicio iuris*, e a cláusula condicional, no tratamento da *condicio facti*. Assim, por exemplo, Lucifredi sustentou que a condição voluntária, cláusula negocial, integra o conteúdo do ato. Entretanto, nessa concepção, a condição legal, como fato extrínseco, está situada na “zona marginal” do mesmo. Claramente, há um erro de colocação das premissas, aponta Goytisoló, porque relaciona coisas diferentes. Se é de comparação que se trata, ambas as figuras deveriam ser analisadas sob o mesmo ângulo, cotejando a cláusula condicional com o mandamento da norma que prevê o evento ou os eventos, aquele indicado no negócio e aquele previsto na norma, respectivamente²³⁰.

²²⁹VALLET DE GOYTISOLO, Juan. Donación, condición y conversión jurídica material. *Anuario de Derecho Civil*, p. 1241, 1952. Disponível em: https://www..es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1952-40120501328. Acesso em: 12 dez. 2021.

²³⁰*Id. Ibid.*, p. 1241. Nesse passo, reportado por Goytisoló, vale também observar as críticas de Falzea e Carnelutti, respectivamente: “*Orbene, per esaminare i rapporti concettuali che intercorrono tra condizione volontaria e condizione legale, bisogna considerare queste due figure da un profilo uniforme, raffrontando o la clausola condizionale con quell’elemento di fatto che nel fenomeno della condicio iuris explica la medesima funzione, ovvero l’evento indicato dai soggetti con l’evento indicato direttamente dalla norma. E’ evidente che a conclusione negative si debba giungere quando la condizione legale e la condizione volontaria vengano esaminate da profili trasversali, cioè la prima soltanto dal punto de vista dell’evento, e la seconda soltanto dal punto di vista della clausola condizionale. Ed infatti da molti si è negata identità di natura e di posizione tra le due figure di condicio, sostenendosi che la condizione volontaria, in quanto clausola negoziale, farebbe parte del contenuto dell’atto, mentre la condizione legal, come fato extrínseco, si porrebbe al di fuori del negozio, in una zona marginale. L’errore di questa dottrina sta, com’è evidente, nelle premesse, poichè, ponendosi a raffronto termini eterogenei, si formula una distinzione logicamente e giuridicamente senza rilievo, e, per ciò stesso, inadeguata a fondare differenze concettuali.*” FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, cit., p. 122. “[...] Deram, é certo, relevo à diferença entre a condição voluntária e a condição legal, mas não se pensou nem em construir o conceito da última, nem em abranger uma e outra numa condição superior. Pior ainda, até mesmo aquela diferença foi muitas vezes

(ii) Também há a corrente que sustenta ser a condição voluntária elemento constitutivo do negócio e a condição legal, elemento declarativo. Isso porque na condição legal o “querer” é incondicionado e na condição voluntária, a vontade sofre um condicionamento ou autolimitação. Como se constata, a teoria não tem base. A ideia de condição como autolimitação da vontade é plenamente rechaçada pela doutrina²³¹.

(iii) Por fim, inversamente aos autores da corrente anterior, há aqueles que sustentam que a condição voluntária traz o elemento marginal e a *condicio iuris*, o elemento constitutivo (na exata senda da doutrina de Barbero, mencionada anteriormente), porque, na condição voluntária, a ligação do elemento condicional com os demais não provoca alteração no esquema legal e o ato submetido à condição é perfeito, apenas os seus efeitos estão parcialmente protraídos; por outro lado, na condição legal, essa ligação está estruturada dentro de uma hipótese esquemática mais ampla, que integra sua estrutura típica, constituindo-a. A crítica a essa corrente repousa no que diz Angelo Falzea, para quem, tal doutrina representa a conclusão de uma premissa errada, de que apenas a condição legal, e não a voluntária, se enquadra no esquema normativo do ato. No entanto, para Falzea, a condição voluntária também integra o esquema normativo do ato, eis que em ambos os casos o mecanismo condicional atua como superestrutura que a lei aplica aos esquemas típicos. O autor insiste que tanto a condição legal quanto a voluntária fazem parte de uma hipótese mais complexa e ampla, regente do ato condicional²³². A chave, porém, é: se o elemento integra a estrutura do tipo, ele é necessário e não marginal; esse destaque não foi feito por Goytisoló. No entanto, Nehemias Gueiros ressalta a relação de necessariedade da denominada *condicio iuris*. Diz ele:

expressa nas fórmulas: *condicio iuris* e *condicio facti*, nas quais a antítese entre *factum* e *ius* claramente se acha deslocada.” CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*, cit., p. 474.

²³¹VALLET DE GOYTISOLO, Juan. Donación, condición y conversión jurídica material, cit., p. 1242. Nesse passo, veja-se a crítica de Falzea: “Questo criterio discrezionale, che risponde ad una concezione ormai superata del negozio giurico, appare affatto erroneo non appena si consideri che l’intervento del diritto, rispetto al sorgere delle conseguenze giuridiche, non ha la funzione di confermare o riconoscere la energia intrínseca che la volontà privata manifesta nella causazione di tali conseguenze, sibbene, con carattere esclusivo, la funzione di provocare direttamente la situazione effettuale, sul presupposto di una determinata fattispecie. Della qual fa parte anche la dichiarazione di volontà, sullo stesso piano e nello stesso senso di tutti gli altri elementi concorrono a costituire la fattispecie. Onde resta assolutamente escluso che la condizione legal possa avere carattere dichiarativo.” FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico* cit., p. 122-123. Afastando a condição como autolimitação da vontade: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 26. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico*, em especial negócio jurídico, cit., 1974. v. 2, p. 357. FERREIRA, Durval. *Negócio jurídico condicional: pessoas colectivas públicas: os motivos atípicos e a unidade do sistema jurídico na prova e interpretação da declaração negocial*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 14.

²³²FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, cit., p. 124.

Por necessária ou impropria se deve entender a condição inerente á própria índole ou natureza do acto ou do direito, vindo dahi a sua designação classica de – *conditio juris* ou *conditio legis*. Resulta do direito ou resulta da lei. Não é condição no sentido tecnico-juridico, porque não é originada da vontade exclusiva das partes, nem torna condicional o acto ou direito a que se vincula. É uma **condição aparente**, como denominou Carl Crome²³³.

Na realidade, a ênfase na necessariedade vincula a condição ao tipo, tornando possível afirmar que se a condição é abstratamente necessária, é porque integra o tipo; pelo contrário, se é concretamente necessária, é porque integra o negócio jurídico estruturado em sua singularidade. Daí, é acertado dizer que a condição legal integra o tipo globalmente considerado, o que não vale para a condição voluntária, uma vez que a autonomia privada ali atuante, no negócio concreto, não criou uma hipótese típica. Ao contrário, ela, condição voluntária, apenas e tão somente agregou àquela um elemento novo para fins exclusivos de espoliar parte dos seus efeitos típicos: o evento futuro e incerto. Enfim, tanto a condição legal integra o tipo, que não há direito expectativo nenhum. Se fosse externa ao tipo, o preenchimento dos outros elementos tipológicos bastaria para, mesmo na sua falta, gerar alguma espécie de pretensão exercitável. No entanto, não é assim.

Mais ainda, encerrando a crítica, a distinção de origem entre a condição legal e a condição voluntária, derivada esta última da autonomia das partes, faz toda a diferença na compreensão do fenômeno, uma vez que a dependência da vontade das partes mostra que se está no plano da dispositividade e não da imperatividade²³⁴, demonstrando que a relevância do evento condicionante reside apenas no querer das partes, não em um interesse estabelecido legislativamente e que incide sobre o negócio. Se no plano da dispositividade, o negócio em si é existente e válido logicamente, então, as normas imperativas do tipo legal foram preenchidas. Apenas não é completamente eficaz por uma atuação concreta dos estipulantes nos efeitos principais do negócio. Já a condição legal traz um elemento mais rígido, dentro do esquema abstrato, podendo-se dizer que não há efeitos parciais ocasionados. Exatamente por isso, com o perdão da repetição, não goza a *condicio iuris* de um regime específico de proteção na fase de pendência.

²³³GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil, cit.*, p. 75. E a condição legal, como condição necessária, não possui fase de pendência. Exemplo ilustrativo disso, dado por Manuel A. Domingues de Andrade: o testamento terá sua eficácia, se o testador morrer antes do herdeiro testamentário (art. 1.857, do Código Civil) e se o herdeiro aceitar a deixa (art. 1.804, do Código Civil). Ver: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico, cit.*, 1974. v. 2, p. 359.

²³⁴Embora deva-se alertar que uma vez aposta a condição, o seu regime jurídico previsto em lei não é supletivo, mas imperativo.

Ainda sobre a necessidade, Zeno Veloso lembra da previsão legal expressa, no artigo 117, do Código Civil de 1916 (“Art. 117. Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede.”), e conclui que tais condições, não o são no sentido técnico, constituindo apenas “um requisito de eficácia do negócio jurídico que se baseia na lei e não na vontade das partes”²³⁵.

O ponto nodal, segundo nos parece, repousa no interesse e na causa, desembocando em um problema de legitimação: na *condicio iuris*, perquirir a causa da hipótese sob condição é perquirir a motivação do legislador, pesquisar o debate durante o processo legislativo e, então, as razões determinantes de se condicionar uma hipótese de exercício de um direito ou de um dever, bem como sua necessidade e adequação com o que pode ser proporcional ou desproporcional ao condicionamento; no entanto, tal se dará com base no caráter geral e abstrato característico do tipo legal²³⁶. Na *condicio facti*, talvez a pesquisa seja, sob certo ângulo, até mais complicada, pois a causa aqui é concreta, daquele negócio jurídico situado, logo, os interesses são avaliados sob uma perspectiva exclusivamente **interpartes** e vinculada à alocação de riscos que pretenderam os estipulantes. Mas, a legitimação é simples, uma vez que a condição-cláusula derivou do exercício da autonomia privada, sendo a questão de eventual vício de vontade um tema para prova judicial somente. E, se essa distinção pelo tipo de interesse tutelado peca por utilizar de elemento externo à estrutura em si, serve, pelo menos, para diferenciar os **porquês** de cada figura e para explicar que: para a *condicio iuris*, o problema é legitimar o condicionamento legal; para a *condicio facti*, o problema é de interpretação da condição-cláusula e de verificação do evento condicionante na relação privada de pendência.

²³⁵VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 48. Karl Larenz faz tal afirmação, observando ainda que a condição legal pode ser certa ou incerta, como no caso da ratificação: “*La llamada condicio iuris no es una condición jurídico-negocial. Aquí se trata de un requisito de eficacia del negocio jurídico que se basa en el ordenamiento jurídico, no en la disposición de las partes. Sólo cuando su acaecimiento es incierto, como en el caso de la ratificación, se origina una situación de pendencia, que es comparable a la que surge con la condición.*” LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Buenos Aires: EDESA, 1978. p. 679-680.

²³⁶Aliás, a própria ideia de segurança traduz a necessidade de uma lei certa, pelo que, o elemento condicional no âmbito do tipo legal exige, segundo nos parece, justificativas poderosas. Sobre essa segurança, esteada, maiormente, na generalidade e abstração, confira-se: “A generalidade e abstração da lei contribuem ainda para a previsibilidade das condutas humanas que visa disciplinar. [...] Trata-se de um elemento indispensável ao cálculo das consequências das ações e à segurança dos empreendimentos e é ao mesmo tempo o prolongamento natural de todo o paradigma da racionalidade lógico-formal e de matriz individualista que presidiu ao pensamento moderno.” MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 84. Isso muito embora, reconheça-se, no estado social e seu viés programático, a existência de normas dotadas de singularidade, especialmente em caráter de intervenção no mercado ou fomento.

Finalmente, a condição legal representa muito mais. Trata-se de um *prius* lógico em determinada cadeia de causa e efeito, em vez de um desdobramento hipotético no qual, se ocorrido tal evento (condição-fato), isso implicará a deflagração (condição suspensiva) ou encerramento (condição resolutiva) de determinados efeitos próprios do negócio. Em suma, se há necessariedade, a condição é pressuposto lógico estruturante do **ente em si**, não representando, então, a aposição de uma estrutura hipotética na norma contratual (condição-cláusula), que, adotando a concepção preceptiva de Betti, implica uma divisão do preceito, em um segundo nível de desdobramento, projetando, no presente (declaração de vontade atual e efetiva), efeitos para o futuro²³⁷.

Retomando a Introdução, se é necessária e suficiente para o surgimento do fato, a condição encontra definição nos compêndios de lógica, tal como se verifica em Irving Copi²³⁸. Essa condição não é aquela do regime legal ora examinado. A condição ontológica do ser não é igual à condição desdobro da vontade, para a qual, se determinado **fato A** (negativo ou positivo) sobrevém, isso significa a produção de efeitos suspensivos ou resolutivos como consequência. Lembramos que a estrutura da norma em antecedente (suporte fático) e consequente (preceito) é toda ela condicional, porque a verificação da primeira parte, no plano fenomênico, implica a segunda.

Pontes de Miranda, trabalhando seu conceito de suporte fático, afirma que as *condiciones iuris* não são condições verdadeiramente porque: **primeiro**, as condições verdadeiras somente se ligam à eficácia do negócio, enquanto as *condiciones iuris* ligam-se à eficácia, podendo ainda ligar-se à existência; **segundo**, o fato previsto na *condicio iuris*,

²³⁷“E como já existe vontade, – embora esteja dependente, a completa integração real da hipótese, da verificação do dito factio futuro e incerto – trata-se de um juízo, embora hipotético, todavia, afirmativo e vinculativo ‘a se’; em forma dupla e alternativa.” FERREIRA, Durval. *Negócio jurídico condicional*: pessoas colectivas públicas: os motivos atípicos e a unidade do sistema jurídico na prova e interpretação da declaração negocial, *cit.*, p. 8. Apontando o que qualifica como ambiguidade volitiva, veja-se: BARBERO, Domenico. *Contributo alla teoria della condizione*, *cit.*, p. 11-12.

²³⁸De acordo com Copi, “Uma condição necessária para que se produza um acontecimento determinado é uma circunstância em cuja ausência o evento não possa ocorrer. Por exemplo, a presença de oxigênio é uma condição necessária para que haja combustão: se a combustão ocorre, então, o oxigênio tem que estar presente, pois na sua ausência não pode haver combustão alguma.” Continua, “Embora seja uma condição necessária, a presença de oxigênio não é uma condição suficiente para que haja combustão. Uma condição suficiente para a ocorrência de um evento é uma circunstância em cuja presença o evento deve ocorrer. A presença de oxigênio não é uma condição suficiente para a combustão, visto que pode haver oxigênio sem que se produza a combustão. Por outra parte, para quase todas as substâncias existe um limite de temperatura tal que, estar acima desse limite de temperatura na presença de oxigênio, é uma condição suficiente para a combustão de qualquer dessas substâncias. Naturalmente, podem existir numerosas condições necessárias para a ocorrência de um evento, e todas elas devem estar incluídas na condição suficiente.” COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*, *cit.*, p. 329.

de regra, é elemento da eficácia que a lei põe no suporte fático, como seu pressuposto de eficácia²³⁹.

Assim, se a condição examinada é um imperativo causal para a estruturação do ente ou de seus efeitos em abstrato, dentro da hipótese legal, é *condicio iuris*, ao contrário, se representa uma possibilidade que, advindo, dispara efeitos parcialmente protraídos pelo querer das partes, é *condicio facti*.

A fim de evitar dúvidas a respeito do alcance semântico de cada uma das expressões, adotamos as seguintes distinções:

Condição-cláusula: elemento atípico, não essencial à existência ou à validade do negócio jurídico típico. Uma vez introjetado na declaração de vontade, em formato de cláusula (norma auto imposta pelas partes), causaliza um motivo antes irrelevante, que passa a integrar a **causa concreta** do negócio. Atente-se para o detalhe de que o motivo não é a condição-fato, o motivo é a relação que a condição-fato, sua superveniência ou não, mantém com os interesses econômicos do contratante interessado na condição.

Condição-fato: é o fato futuro e incerto (um fato positivo ou negativo, espelhando um evento ou um não-evento) que subordina, por vontade exclusiva das partes, alguns ou vários dos efeitos do negócio jurídico típico e que, enquanto pendente, faz incidir o regime jurídico do negócio *pendente conditione*, previsto nos artigos 126 e seguintes do Código Civil.

Condicio iuris: é uma condição no sentido que lhe dão os lógicos, como um precedente necessário ao desdobramento de uma cadeia causal. Trata-se de uma condição necessária e suficiente para que determinado fato jurídico irradie efeitos. Em suma, é uma exigência da lei como pressuposto de eficácia do suporte fático.

1.1 Estrutura

Para abordar a estrutura da condição, é importante considerar que se trata de instituto definido pelos seus efeitos, tal como demonstra a definição legal do artigo 121 do Código Civil sobre condição: “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes,

²³⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 112. O fato jurídico pode existir, ser válido e aguardar anos para ser eficaz, como lembra o autor, afirmando que “há fatos jurídicos cuja eficácia é protraída, como o testamento. Fato jurídico é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico. A entrada dele nesse mundo, e não a sua permanência eficaz é que o pode definir.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. t. 1, p. 20.

subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”²⁴⁰. Vale também observar que a questão do negócio unilateral passou ao largo da definição legal, como se nota, o testamento é negócio unilateral que pode conter disposição condicional²⁴¹.

São elementos estruturantes da condição: voluntariedade, subornatividade, futuridade e incerteza. Assim se explicam os elementos anotados: (i) a condição é cláusula aposta voluntariamente no negócio jurídico, se for uma necessidade da estrutura típica do negócio performado, não será condição em sentido técnico, como visto; (ii) a cláusula de condição subordina parcialmente os efeitos do negócio jurídico ao qual é aposta, destacar destacando-se que é defesa a condição que suprime todos os efeitos do negócio jurídico, a teor do artigo 122, do atual Código Civil²⁴²; (iii) a futuridade, aspecto temporal, exige que o fato condicionante ainda não tenha ocorrido objetivamente; (iv) a incerteza é impossibilidade de se afirmar a ocorrência ou não ocorrência do fato condicionante, ainda que as partes façam um exercício para estimar probabilidades: a incerteza é conatural ao regime da condição, é o que dá sentido à sua função prática, como bem anota Manuel A. Domingues de Andrade: se incerteza não há, a condição é inútil, isso porque, como aponta o autor, a dúvida é a “mãe da condição”, pois:

a importância prática da estipulação condicional resulta de que, por esse meio, o declarante pode tomar em conta o futuro que se apresenta incerto e realizar o negócio em termos de estar sempre de acordo com o que julga serem seus interesses, seja qual for o rumo das coisas, o curso dos acontecimentos, no que toca ao ponto ou pontos sobre os quais não se supõe habilitado a fazer previsões seguras²⁴³.

Com precisão que vale ser reproduzida, Martins-Costa afirma que:

²⁴⁰Diferentemente de noções puramente conceituais que podem receber uma definição completa, com conteúdo determinado de maneira abstrata. DEROUIN, Phillippe. Pour une analyse ‘fonctionnelle’ de la condition, *cit.*

²⁴¹Quando o Código Civil atual ainda era projeto, Zeno Veloso afirmou que: “A fórmula do Projeto merece um pequeno reparo, por ter mencionado a vontade das partes, assim, no plural, como se a condição só pudesse existir em negócios jurídicos bilaterais. O testamento é negócio unilateral, pode conter uma disposição condicional (v. art. 1.664 do Código Civil), mas não há ‘partes’ no testamento.” VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, *cit.*, p. 18.

²⁴²Tal dispositivo, na parte em que considera defesa a condição que priva o ato de todo efeito, já tinha paralelo no artigo 115 do Código Civil de 1916, com a seguinte redação: “Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.” Sobre isso, tocando a própria questão da seriedade da declaração, confira-se: “As condições que privarem o ato de todo o efeito, são defesas porque há uma contradição entre o querer manifestado no ato principal e o que a condição revela, de modo que não podem coexistir, eliminam-se ou aparentam, simuladamente, os agentes quererem o que, na realidade não querem.” BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. e atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. São Paulo: Francisco Alves, 1959. v. 1, p. 297.

²⁴³ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico*, em especial negócio jurídico, *cit.*, 1974. v. 2, p. 357.

A particularidade do negócio condicional é que as partes se vinculam no momento em que se está a perquirir se o escopo ulterior poderá ou não alcançar-se, i.e., não há certeza sobre a efetiva ocorrência do escopo prático do negócio. O contrato produzirá efeito, se o evento ocorrer; caso contrário, o contrato ficará definitivamente ineficaz, deixando de ser vinculante. Desse modo, esse interesse derivado da incerteza do evento é a razão do regime da condição em sentido estrito²⁴⁴.

Além desses elementos estruturantes, vale aprofundar outras questões pertinentes. Em primeiro lugar, em homenagem à precisão ponteana, vale destacar que o regime jurídico da situação jurídica de pendência deriva da incerteza objetiva²⁴⁵. Ora, se aconteceu alguma coisa (fato positivo) ou se não aconteceu e já não pode mais acontecer (fato negativo), e as partes ainda não sabem (incerteza subjetiva), não há condição. Não existe pendência em relação a fato que, no plano fenomênico, já aconteceu. O que há é equívoco na avaliação do fato (sua existência), tomando como incerto algo que já é certo. Inclusive, tanto na condição sobre fato presente quanto sobre o fato passado – *condicio in praesens vel praeteritum collata* – vale destacar que, aqui sim, ao contrário do que ocorre com a condição verdadeira em que o consentimento é claro, com vontade atual e efetiva, haverá um consentimento condicionado. Justiça seja feita, essa nuance foi captada por Nehemias Gueiros:

Na maior parte dos casos a estipulação supostamente condicional não passa de mero pacto **de contrahendo**, isto é, de **contracto preliminar** em que o facto indevidamente tomado como condição é apenas um requisito para a formação do contracto consensual definitivo. Quando eu estabeleço com um proprietário, por exemplo, que comprarei certa casa, si ella tiver quatro dependências (facto presente) não estou assumindo uma obrigação condicional, mas, sim, condicionando o meu consentimento (**consensus**), como requisito que é do contracto de compra e venda, á existencia daquele numero de commodos no immovel.

Dahi se pode tirar a conclusão de que os factos pretéritos ou presentes não tornam condicional a obrigação, mas tão só a manifestação da vontade para o estabelecimento do vinculo obrigacional. Não podem, pois, constituir condição, no sentido tecnico-juridico em que tomamos, como clausula das obrigações²⁴⁶. (Destques no original.)

Em segundo lugar, vale confrontar essas observações com as considerações diametralmente opostas de Basileu Ribeiro Filho, para quem a distinção entre “a incerteza objetiva do fato futuro e a incerteza apenas subjetiva do fato não futuro” parece illusória, pois, ao se perquirir o que é incerteza, conclui-se que se incerteza é dúvida e certeza é

²⁴⁴MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 36-37.

²⁴⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 135.

²⁴⁶GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil*, cit., p. 38.

conhecimento, tais noções são “essencialmente subjetivas”²⁴⁷. Parte daí seu provocativo e corajoso raciocínio, ancorando-se nos seguintes pontos:²⁴⁸

(1º) Um mesmo fato (futuro ou passado) é certo para quem sabe que aconteceu ou que acontecerá, incerto para quem o ignora. Por ex. a posição futura de um astro pode ser um fato certo para um determinado astrônomo, incerto para todos os demais indivíduos. O mesmo se diga quanto a um fato passado sobre o qual pode não pesar mais dúvida alguma para um determinado pesquisador e só para êle. O que se chama incerteza objetiva não é mais do que uma incerteza mais geral, comum a um maior número de indivíduos. Como se vê a distinção é artificial; quando dois indivíduos contratam: ‘comprarei esse quadro se êle é de Rubens’ ou ‘comprarei esse quadro se fizer tal viagem’, estão na mesma situação: *há incerteza porque há dúvida*.

(2º) Analizemos a opinião contrária, através do seguinte trecho de Von Tuhr, em que ela se acha bastante desenvolvida. ‘No existe verdadeira condición cuando las partes acuerdan que la eficacia del contrato dependa de un hecho perteneciente (sic) al presente. En efecto ... se trata puramente de una ignorância subjetiva pues objetivamente consta de antemano si el contrato surte o no efectos.’

Que quer dizer ‘objetivamente consta’? aquilo que consta, consta para alguém, e não há nessa situação, nada de objetivo. Suponhamos que se trate de um fato passado conhecido por uma só pessoa, é nisto que consiste o ‘constar objetivamente’?

Dizer que o fato passado, ainda que ignorado por todos, é certo, porque *existiu*, equivale a dizer que o fato passado é certo porque é passado.

Os argumentos não resistem à crítica. Primeiro, vale afastar a questão filosófica acerca da natureza da experiência, pois, se toda experiência é subjetiva, nunca, então, haverá nada que se possa qualificar de objetivo. A experiência matemática efetuada para afirmar um fenômeno cosmológico, irreproduzível pelo homem dada sua magnitude, pode muito bem hoje ser consagrada e, amanhã, refutada por novos cálculos ou pela soma de novos conhecimentos ignorados na ocasião da primeira experiência, que também era subjetiva, derivada de um estado mental, com as limitações de mundo e de época, de quem a fez. Para os fins restritos de definir a incidência do regime jurídico da figura de direito civil denominada condição, essa discussão é especiosa.

Ora, objetivo é aquilo que é verificável no plano concreto como tendo acontecido. Há aqui uma matéria probatória, pois, em um caso concreto, poder-se-ia muito bem imaginar uma discussão sobre o fato já ter ocorrido na assinatura do contrato condicionado ou se aconteceu depois. Todavia, lançar um problema exclusivamente jurídico para um altiplano metafísico sobre a natureza da realidade enquanto tal é atitude que nos parece, com o devido respeito, problematizar inutilmente a matéria.

²⁴⁷RIBEIRO FILHO, Basileu. *Condição potestativa pura e indeterminação da prestação*. 1949. Tese (Livre Docente de Direito Civil) - Faculdade Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 1949. p. 17 e ss.

²⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 18-19.

Ademais, Ribeiro Filho argumenta que não estão na mesma situação dois indivíduos que contratam, nas suas palavras: “comprarei êsse quadro se ele for de Rubens” ou “comprarei êsse quadro se fizer tal viagem”. Condicionar a compra do quadro à confirmação de autoria não é contratar sob condição, é condicionar a vontade de comprar, funcionando como promessa de contratar, figura diferente da primeira. Daí, não impressiona a afirmação do autor que, com vistas a afastar a ideia do pré-contrato, pondera que ele é inaceitável porque há falta de um consenso ulterior e porque “a vontade já se acha ligada, como no caso da condição no futuro, e a simples verificação do evento, bastará para dar plenitude ao vínculo jurídico”²⁴⁹.

O fato de a vontade já estar ligada deve ser bem interpretado: de saída, há uma dúvida razoável das partes sobre o objeto do contrato – se o quadro é de autoria do mencionado artista –, o que leva ao passo seguinte, a vontade não está ligada, ela está ligada apenas se o quadro tiver sua autoria confirmada. Muito diferente é a compra e venda condicionada a um fato futuro e incerto, externo ao próprio objeto do contrato. No exemplo da aquisição de um prédio urbano condicionada à autorização administrativa para exploração de casa de repouso, não há dúvida nenhuma sobre o objeto do contrato, a dúvida se refere à utilidade para os motivos do adquirente que, então, os insere no contrato pela condição.

A condicionalidade da vontade de adquirir o quadro, caso ele seja de Rubens, não é, em absoluto, igual à condicionalidade de um contrato definitivo já firmado, em que a eficácia da compra e venda fica na dependência de um fato futuro e incerto. Na primeira hipótese, o tema entronca com a formação da vontade (plano da validade); na segunda, o tema entronca com a eclosão dos efeitos do negócio, condicionado por vontade atual e efetiva das partes (plano da eficácia). Para melhor visualizar essa distinção, vital ao correto enquadramento do problema, vale recorrer à figura do erro, vício de consentimento ilustrativo de que os planos do negócio jurídico, versados em uma e outra hipótese, são completamente diferentes.

No erro há uma divergência intencional²⁵⁰ genética à formação da vontade, o que não acontece na vontade de condicionar efeitos, que não é conjectura, é real – quem condiciona

²⁴⁹RIBEIRO FILHO, Basileu. *Condição potestativa pura e indeterminação da prestação*, cit., p. 18, nota (4).

²⁵⁰ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico*, em especial negócio jurídico, cit., 1974. v. 2, p. 125 e ss. Em um caso como a divergência de autoria de obra de arte, obviamente trata-se de um erro essencial determinante para a declaração. Veja-se a respeito: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, cit., p. 174. Também, no trecho, expondo exatamente esse tipo de situação: “Imaginemos, em vista disso, a seguinte hipótese: A propõe a B, antiquário, a compra dum quadro que encontra na loja deste, prevenindo o vendedor de que todo o seu interesse é despertado pela convicção em que está de ter sido o quadro pintado por um certo artista célebre. Se, depois de fechado e cumprido o contrato, A vem a apurar que estava em erro sobre a autoria da tela comprada, é evidente verificarem-se aqui todas as condições de

quer os efeitos do contrato, caso tal fato ocorra, e não quer os efeitos do contrato, se tal fato não acontecer. O elemento conjectural depende da ocorrência ou não dos efeitos diante da eclosão ou não do fato condicionante.

Em suma, tanto a vontade de comprar o quadro *se for* de Rubens atua no plano da validade (plano de atuação distinto da condição em senso estrito) que, se ao final o quadro não for de Rubens e foi comprado com essa autoria declarada, a hipótese é de possível anulação por erro substancial, nos termos dos artigos 138 e 139, inciso I, do Código Civil²⁵¹.

Já com relação ao trecho em que Basileu Ribeiro Filho tece críticas à doutrina de A. von Tuhr, estas também não parecem procedentes. De saída, repete-se a questão do “objetivamente consta”: se há um objetivismo possível ou se tudo é subjetivo é tema da filosofia, que segue um caminho especulativo distinto daquele das ciências sociais aplicadas, do direito como ferramenta para solução de problemas. No que concerne à frase: “dizer que o fato passado, ainda que ignorado por todos, é certo, porque existiu, equivale a dizer que o fato passado é certo porque é passado”, o que existiu é passado mesmo, já aconteceu na linha do tempo ou aconteceu e segue acontecendo. No mais, o sofisma não resiste porque a certeza é a objetividade do fato sucedido, do que se pode fazer prova direta ou indireta em juízo. Acrescente-se que o fato passado não é certo porque é passado, é certo porque existiu e, em um contexto de processo judicial, teve sua existência provada.

Não é possível conceder à condição de fato presente ou fato pretérito ignorado pelas partes o estatuto de verdadeira condição em sentido estrito. Existe uma condicionalidade é certo, mas não há uma atuação no plano da eficácia, no sentido técnico que a condição

que o art. 661º faz depender a nulidade do negócio jurídico por causa de erro-sobre-as-qualidades-do-objecto. E, todavia, o erro do comprador pode não ter sido reconhecível para o dono do quadro.” FERRER CORREIA, A. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, cit., p. 117.

²⁵¹AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO – COMPRA E VENDA DE OBRAS DE ARTE – LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A FALTA DE AUTENTICIDADE DOS QUADROS – ERRO SUBSTANCIAL CARACTERIZADO – NEGÓCIO JURÍDICO ANULADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 138 DO CÓDIGO CIVIL – DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. TJSP, Apel. Cível n. 0196480-64.2008.8.26.0100, 26ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Renato Sartorelli, j. 30.01.2013.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE OBRA DE ARTE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – PROTESTO GENÉRICO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO VERIFICAÇÃO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A RÉ TENHA FIGURADO NO NEGÓCIO COMO SIMPLES LEILOEIRA – EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE SUGEREM A OCORRÊNCIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DIRETAMENTE COM A RÉ E NÃO POR SEU INTERMÉDIO – LAUDO DE AVALIAÇÃO DE ESPECIALISTA DE CONFIANÇA DO AUTOR QUE ATESTA A INAUTENTICIDADE DA PINTURA – ERRO SUBSTANCIAL CARACTERIZADO – ÔNUS DA RÉ DE DEMONSTRAR A AUTENTICIDADE DA OBRA – NEGÓCIO JURÍDICO ANULADO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES DESEMBOLSADOS PARA AQUISIÇÃO DO QUADRO – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DO EFETIVO DESEMBOLSO. TJSP, Apel. Cível n. 0048131-94.2009.8.26.0000, 30ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Andrade Neto, j. 17.10.2012.

assume no direito civil. Assim, existe uma atuação no plano da formação da vontade que discrepa do raio de atuação da condição em sentido estrito.

A respeito do elemento denominado **subordinatividade** ou **subordinação**, elencado por Nehemias Gueiros, é certo que a grande maioria dos autores não o coloca no conjunto de elementos estruturantes da condição, ficando, no mais das vezes, na voluntariedade, na futuridade e na incerteza. Todavia, nos parece correto insistir nesse elemento porque o **suporte fático** da condição assim o exige, bem como para enfatizar um elemento central, como que uma *condicio iuris* da condição voluntária, que é a subordinação parcial dos efeitos, nunca total. Assim, como consequência prática, pode-se afirmar que o regime jurídico da pendência constante dos artigos 126 a 130 do Código Civil é, no seu conjunto, norma de ordem pública, inderrogável pela vontade das partes. Esse tema será explorado posteriormente.

Seguindo, essa subordinação dos efeitos condicionados pelo fato condicionante é exatamente derivada da volição das partes, como mecanismo que justifica a condição enquanto resposta à incerteza reinante para um determinado motivo importante às partes ou a uma delas. Exatamente porque é incerto, se o zoneamento municipal permite, por exemplo, a instalação de uma casa de repouso em um imóvel de cinco milhões de reais, exigindo então uma autorização específica, suponhamos, que a condição-cláusula subordina a eficácia típica da compra e venda. Se a permissão fosse certa, o contrato seria puro e simples. Se, ao contrário, fosse certa a impossibilidade da permissão ocorrer, o comprador sequer cogitaria da aquisição.

A subordinação dos efeitos, portanto, também é estruturante da condição. Uma condição que não subordina efeitos do negócio, não cumpre sua função típica, sendo cláusula inútil.

Nem se argumente que a subordinação está compreendida na voluntariedade, porque a voluntariedade condiz com a origem da condição-cláusula e fica marginal ao cerne do suporte fático do negócio que poderia, se assim o quisessem as partes, corresponder àquele de obrigação pura e simples. A subordinação diz respeito ao que essa voluntariedade operacionaliza, isto é, ao que ela leva a cabo: a postergação de efeitos, que ficam na dependência de fato futuro e incerto, porque sua ocorrência, ou não, toca interesse substancial das partes no negócio.

Em resumo, a subordinação é a forma pela qual a vontade ordena os efeitos dentro do programa contratual almejado pelas partes, lembrando que o negócio jurídico é uma manifestação de vontade voltada para fins práticos. No caso, o fim prático é justamente essa subordinação que, de maneira imediata, elimina um risco não aceitável por uma ou ambas as partes²⁵².

Alguns estudiosos, como Francisco Amaral²⁵³, Hector Lafaille²⁵⁴ e Vicente Ráo²⁵⁵ também arrolam a possibilidade como elemento da condição, uma vez que a condição impossível pode, inclusive, gerar a invalidade do negócio quando aposta em condição de modalidade suspensiva, conforme o artigo 123, inciso I, do Código Civil. No entanto, a impossibilidade física colide com a incerteza objetiva, pois, sendo impossível, não é incerto²⁵⁶, podendo, inclusive, falar-se, em tese, de vício de consentimento com relação à condição. Por outro lado, se a impossibilidade é jurídica, colide com a questão da licitude, lembrando que, regra geral, para os negócios jurídicos e, claro, para as cláusulas que deles constam, tem-se o artigo 104, do Código Civil elencando os seguintes pontos para a validade do negócio jurídico: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Assim, é perfeitamente possível argumentar que a possibilidade esteja como que embutida em outros elementos, não possuindo autonomia para ser arrolada individualmente. Ou seja, ela não integra os elementos que dão a diferença específica da cláusula condicional,

²⁵²Reconhecendo a função que desempenha a condição de subordinar a eficácia do negócio jurídico, veja-se: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 507. Embora, em outra passagem, constate-se que o autor não arrola a subordinação junto dos elementos da condição e fique restrito à voluntariedade, futuridade, incerteza e possibilidade. *Id. Ibid.*, p. 512.

²⁵³*Id. Ibid.*, p. 513. Na sua seminal tese de doutoramento, Amaral elenca a possibilidade como elemento da condição, logo, seu pensamento manteve-se nesse particular. Veja-se: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, cit., p. 89.

²⁵⁴Cumpra alertar que, em rigor, Hector Lafaille não afasta a dualidade de requisitos da futuridade e da incerteza que, segundo ele, repete-se desde o Direito Romano. Simplesmente, no curso de sua explicação, estabelece que “[...] es indispensable, asimismo, la posibilidad.” LAFAILLE, Hector. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1950. v. 2, p. 31.

²⁵⁵Ráo, no entanto, indica a possibilidade como requisito, o que faz sentido, e não como elemento característico e individualizador da figura. Confira-se: “INDICAÇÃO DOS REQUISITOS DAS CONDIÇÕES – Para a condição ser válida, preciso é que o evento, do qual ela faz depender o início ou o fim da eficácia do ato jurídico, seja determinado, futuro, incerto, possível e lícito.” RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 305. Note-se que há autores consagrados que não arrolam a possibilidade como elemento da condição: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva*, cit., p. 47. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*. rev. e atual. por Gustavo Tepedino et al. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 257. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, cit., v. 1, p. 269.

²⁵⁶Nesse mesmo diapasão: “De ce que l’incertitude de l’événement constitue le caractère essentiel des conditions, il résulte encore, qu’on ne saurait voir une véritable condition dans un événement dont l’accomplissement, ou la non réalisation est, soi absolument certain, soit physiquement ou juridiquement impossible.” AUBRY & RAU. *Cours de droit civil français; d’après la méthode de Zacharie*. 4. ed. Paris: Cosse, Marchal & C., 1871. t. 4. p. 62.

e o fato-condição, em si mesmo, está submetido ao que prevê o mencionado artigo 104 da lei civil.

1.2 Distinções²⁵⁷

Ainda desenvolvendo os contornos estruturais da figura denominada condição, vale estremar outras figuras.

No que respeita aos elementos ditos *accidentalialia negotii* do rol de cláusulas típicas, a condição, o termo e o encargo, três questões se colocam: (i) a relação com o elemento incerteza, logo, risco; (ii) a relação que estabelecem com o próprio negócio jurídico em que apostas; (iii) os efeitos gerados pela aposição das cláusulas.

Em um primeiro passo, a distinção mais evidente é aquela que se estabelece, fundamentalmente, entre a condição e o termo. Como visto, o elemento central da condição é a incerteza em relação ao fato (positivo ou negativo) futuro e incerto.

O termo, ao contrário, trabalha, no máximo, com a incerteza em relação ao **quando**; a incerteza relacionada exclusivamente com o momento da ocorrência do fato, mas, com a certeza de que ele ocorrerá. Como precisão técnica: o termo não é prazo. Prazo é o tempo que medeia o início e o fim, o que está entre o termo inicial e o termo final.

De acordo com Zeno Veloso, as combinações possíveis relativas ao termo são: (a) o dia é **certo** e **determinado**, ou seja, o termo chegará e se sabe quando; (b) **certo**, porém, **indeterminado**, o dia necessariamente chegará, mas não se sabe quando (como na morte de uma pessoa); (c) o dia é **incerto**, porém, **determinado** (“quando completares trinta anos”, sendo que isso pode não acontecer); (d) o dia é **incerto** e **indeterminado**, ou seja, não se sabe se a data vai chegar, nem quando, por exemplo, “quando tu casares”²⁵⁸.

A hipótese espelhada em (a) é o termo certo; em (b) é o termo incerto. As hipóteses de (c) e (d) não configuram termo, mas condição, porquanto sua incerteza está no acontecimento em si e não quando ele se dará. Obviamente, essa diferença entre a condição

²⁵⁷Vale remissão a Fernanda Mynarski Martins-Costa e seu trabalho sobre a condição suspensiva em que engloba, além da distinção entre condição, termo, encargo e pressuposição, a distinção também em relação aos contratos de opção, contratos incompletos, aleatórios e condições precedentes. Dessas distinções, a última nos interessa particularmente e será tratada em subitem próprio. Embora as demais distinções não sejam abordadas aqui, destaque-se que elas demonstram as múltiplas formas de tratar o risco, sendo a condição-cláusula apenas uma delas. Ver: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 80 e ss.

²⁵⁸VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, cit., p. 84.

e o termo, cuja certeza é conatural à sua estrutura, vai repercutir nos direitos que dali eclodem e na força das medidas de conservação manejáveis durante a fase de pendência.

Em um segundo passo, a análise volta-se para o tipo de relação que a cláusula de condição, termo e encargo estabelece com o todo, com o negócio jurídico em que é aposta, derivando daí o exame das relações **inexas** e **anexas** estabelecidas na nomenclatura ponteana, especialmente, no que concerne às diferenças práticas geradas por essa dicotomia. A chave aqui é o entendimento que **inexar** implica traçar limites temporais à eficácia típica do negócio jurídico, compondo, desde dentro, a estrutura incindível desse negócio. De acordo com Pontes de Miranda, não se condiciona a existência do ato, porque seria uma ilogicidade, mas, é possível controlar a equação tempo e eficácia, modulando a produção de efeitos mediante termos e condições, exatamente por isso, assevera o autor, termo e condição são determinações temporais e “o nexa, que entre elas e o ato jurídico existe, é interior, íntimo. Não são conexas, nem anexas. A conexidade torna em relação as manifestações de vontade, mas sem se dar a inserção de uma na outra, o que a inextão supõe”²⁵⁹.

Existe, portanto, uma implicação importante consistente na diferenciação entre relação **inexa** ou **anexa**, no tocante à repercussão de eventual vício de nulidade ou anulabilidade. Aqui, vale destacar que, geralmente, a nulidade do modo não contagia o negócio unilateral em que é aposto²⁶⁰, especialmente, em se tratando de ato de cariz testamentário sobre o qual, por conta da óbvia irrepetibilidade do mesmo, justifica-se incidir com mais vigor o princípio da conservação dos atos jurídicos, valendo, de maneira geral, a ideia de preservação da vontade do testador, *favor testamenti*²⁶¹.

²⁵⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 98. Além do que, o autor observa uma vantagem adicional: “(A expressão ‘determinação inexa’ evita que se introduza o sentido de acessoriedade; não há relação de acessório a principal entre o ato jurídico e a condição ou o termo; há todo inseparável, a inextão é integral, a distinção só operacional: o ato jurídico condicionado não se decompõe, senão para a análise, como o julgamento hipotético não se decompõe em julgamento principal e julgamento acessório. Cf. L. ENNECERUS, Lehrbuch, I, 30.^a-34.^a ed., 490).” *Id. Ibid.*, p. 99. Nesse diapasão, com marcada influência ponteana: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual, cit.*, p. 232.

²⁶⁰“Os sistemas jurídicos não inserem regras especiais. Mas resulta da anexidade: a) que a sorte da determinação anexa depende da sorte da manifestação de vontade a que se anexa, e não vice-versa; b) que a nulidade, anulação ou ineficácia da determinação anexa não se contagia ao ato jurídico, nem, sequer, à manifestação de vontade a que se anexa.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 216.

²⁶¹A afirmação de que o negócio testamentário, ante suas especificidades, sofre variações na interpretação de suas cláusulas, é corrente e bem fundada. Ademais do caráter do ato, revestido de uma respeitabilidade que se confunde com a memória do morto, algo culturalmente arraigado em várias nações ao longo de séculos, verifica-se uma tendência à superação de determinados formalismos e solenidades, preservando a manifestação de última vontade quando não há dúvida sobre seu conteúdo. Nesse sentido, eloquente a seguinte ementa: “AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO CERRADO. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES LEGAIS. INCAPACIDADE DA AUTORA. QUEBRA DO SIGILO. CAPTAÇÃO DA VONTADE. PRESENÇA SIMULTÂNEA DAS TESTEMUNHAS. REEXAME DE PROVA. SÚMULA

No terceiro passo, desdobramento lógico do anterior, vale observar os efeitos gerados pelo tipo de relação que se estabelece em cada uma das figuras: na condição e no termo inexo (limitativos no tempo da eficácia do ato), o efeito é exatamente o de postergar a produção de efeitos típicos do negócio para momento ulterior, na dependência de fato futuro e incerto (condição) e certo (termo). De forma contrária, o encargo ou modo anexa-se ao negócio, o que pressupõe uma alteração que não atinge o plano da eficácia, tanto assim que, correntemente, afirma-se que “a condição suspende mas não obriga, quando é certo que o modo obriga mas não suspende”²⁶².

Por decorrência, um quarto e último passo não declinado anteriormente, derivado exatamente da ideia de que o modo obriga mostra que essa última cláusula típica gera uma

7/STJ. 1. Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da prevalência da manifestação de vontade do testador, orientando, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado, diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que não se faz presente nos autos. 2. O acórdão recorrido, forte na análise do acervo fático-probatório dos autos, afastou as alegações da incapacidade física e mental da testadora; de captação de sua vontade; de quebra do sigilo do testamento, e da não simultaneidade das testemunhas ao ato de assinatura do termo de encerramento. 3. A questão da nulidade do testamento pela não observância dos requisitos legais à sua validade, no caso, não prescinde do reexame do acervo fático-probatório carreado ao processo, o que é vedado em âmbito de especial, em consonância com o enunciado 7 da Súmula desta Corte. 4. Recurso especial a que se nega provimento.” STJ, REsp n. 1001674/SC, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.10.2010, DJe de 15.10.2010. Afirmção doutrinária abalizada invocando o *favor testamenti* como peculiaridade incidente na interpretação dessa categoria negocial se vê em: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, cit., p. 350-351. Inclusive, referido autor relembra o fato do artigo 1.899 do Código Civil atual, entendendo-o como “norma legislativa expressa consagrando a conservação dos negócios jurídicos mortis causa por meio da interpretação.” *Id. Ibid.*, p. 352. Também aplicando o cânone hermenêutico do *favor testamenti*, veja-se Antonio Junqueira de Azevedo: “Tanto a doutrina quanto a jurisprudência mais recentes têm, pois, convicção de que o *favor testamenti* deve prevalecer sobre irregularidades menores, quando é clara e límpida a manifestação de última vontade do testador.” (Parecer) Ação de nulidade de testamento. Falta de *legitimatío ad causam* de quem não é herdeiro nem legatário. Os atos nulos podem, ou não, ser atos nulos de ‘pleno direito’. Cânones hermenêuticos e interpretação das exigências de formalidades essenciais no testamento público. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 366.

²⁶² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico*, em especial negócio jurídico, cit., 1974. v. 2, p. 394. Pode-se ver a aplicação prática desse raciocínio no seguinte “sumário” de julgamento da 1ª Seção Cível, do Tribunal da Relação de Coimbra: “1. Numa fórmula resumida pode dizer-se que a distinção entre o negócio sob condição suspensiva e o negócio “sub modo” reside em que o primeiro só produz os seus efeitos uma vez verificada a condição, enquanto o segundo os produz de imediato. Por isso se diz que ‘a condição suspende mas não obriga, quando é certo que o modo obriga mas não suspende’. 2. Quando da interpretação dos factos se colhe que a disposição mediante a qual se estipula que os efeitos do testamento de imediato produzidos tinham apenas como imposição que em certas circunstâncias o beneficiário praticasse determinado facto nela descrito, então não ocorreu a aposição de uma condição em sentido próprio, mas de um encargo ou modo, traduzindo-se este num certo comportamento positivo do beneficiado (composto por uma específica conduta a preencher por este já como herdeiro de pleno direito). 3. Na averiguação do exacto alcance do testamento, deve o intérprete (e o tribunal) guiar-se pela vontade real do testador, tendo em conta o sentido peculiar da sua linguagem e expressões; pelo confronto de todo o contexto do documento; pela prova complementar que se venha a fazer; e pela letra do próprio testamento, como limite a essa prova.” PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo 1837/10.8TBCTB.C1*. Relator: Freitas Neto. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9522f1c5dbf08cfc80257b24003955aa?Opendocument>. Acesso em: 25 jan. 2022.

obrigação de dar ou fazer, enquanto as primeiras, agindo na eficácia do negócio jurídico, geram em si uma obrigação de não fazer que turbe o direito da parte. Assim, a condição operacionaliza-se na inexigibilidade da obrigação condicionada e o modo, ao contrário, opera somente com a exigibilidade da obrigação. Sem essa exigibilidade, não há modo, ainda que se possa, em teoria, afirmar a existência de uma cláusula modal sob condição suspensiva, cujo advento deflagraria a exigibilidade do encargo. Mesmo nesse caso, o mecanismo operacional da cláusula de modo depende da eficácia da obrigação e da consequente exigibilidade do encargo, sem o que perde sua função prática. Enfim, se a combinação de modo com condição é possível, o certo é que a operacionalização do modo depende da eficácia e exigibilidade da obrigação.

A afirmativa acima é verdadeira que

a realização do modo depende, em boa medida, da vontade do beneficiário da disposição modal, as dificuldades de distinção suscitar-se-ão essencialmente no confronto com a modalidade condicional potestativa (em que a vontade do sujeito exerce influência determinante sobre a verificação do evento condicionante)²⁶³.

Portanto, a averiguação do *animus donandi* será fator preponderante para divisar uma figura da outra²⁶⁴.

Avançando para a figura da pressuposição, sempre tratada quando o tema da condição é versado, vale agregar, de plano, as explicações de Pedro Pais de Vasconcelos, quando dissecou a visão de Windscheid – autor que trabalhou (na verdade criou), sobremodo, essa figura próxima da condição denominada **pressuposição**, como inserida no *usus*

²⁶³AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 160.

²⁶⁴Referindo crítica à doutrina do *animus donandi*, veja-se: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*, cit., p. 117 e ss. O certo é que a vontade do doador será reconstruída a partir das circunstâncias negociais, somadas ao que conste da declaração negocial. Todavia, na dúvida, no âmbito do Direito Português, aplica-se o artigo 237 daquele Código Civil: “Artigo 237º - Casos duvidosos. Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.” Tratando do ponto: “Se a interpretação da vontade do declarante não for esclarecedora, haverá que recorrer aos critérios fornecidos pelo sistema. Alguns autores, com fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos, fazem prevalecer a qualificação da cláusula dúbia como modal, porquanto o modo tem na estrutura do negócio mais consistência do que a condição, favorecendo-se, assim, a estabilidade do negócio jurídico. O critério mais acertado é, porém, o que consta do art. 237º CC, que visa especificamente ultrapassar dúvidas na interpretação de um negócio jurídico. Tratando-se de um negócio gratuito (como sempre será o caso ou o problema nem sequer se suscita) prevalecerá o que for ‘menos gravoso para o disponente’. O recurso a este critério leva a qualificar a hipótese dúbia como subordinada à condição, visto que a eficácia do negócio é diretamente afetada pela realização do ato ou atividade intencionada pelo disponente, o negócio condicional tem, desta perspectiva, pode dizer-se, menos ‘consistência’ do que o negócio modal.” AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 161-162. No âmbito do Direito Brasileiro, a solução parece ser, com apoio no atual artigo 113 (com redação da Lei n. 13.874/2019), o socorro aos critérios do parágrafo 1º deste dispositivo.

modernus pandectarum alemão²⁶⁵ – e observa que para o jurista alemão, apenas as cláusulas que importassem “autolimitação” da vontade deveriam ser tratadas no âmbito da teoria geral do negócio jurídico. Assim como o modo, em si, não implicaria uma diminuição na vontade da liberalidade, mas sim uma questão puramente econômica, por conseguinte, na teoria geral do negócio jurídico deveriam estar contempladas apenas “as autolimitações que afectassem os efeitos jurídicos produzidos pela declaração de vontade”²⁶⁶.

Dessa forma, a pressuposição coloca-se fora do âmbito das três cláusulas mais comumente utilizadas, analisando a pressuposição, anotada pela doutrina como condição **em germe**, condição não desenvolvida. O fenômeno se explica pelo fato de que a teoria proposta por Windscheid refaz o percurso da vontade na formação da declaração, revalorizando seu papel na construção do todo. Trata-se de uma análise situacional do negócio jurídico em sua singularidade fenomênica que exige um olhar atento às circunstâncias e ao nexos psicológico que se estabelece entre elas e o querer do declarante (o que pode ser um problema, implicando opção naturalmente insegura e aberta a argumentações variadas).

A teoria da pressuposição é marcadamente voluntarista e traz a lume o exame da causa-fundamento, portanto, trata-se de uma teoria mais vasta do que uma simples reformulação das soluções concernentes às alterações das circunstâncias, segundo opina Pedro Pais de Vasconcelos²⁶⁷. Daí que, Windscheid precisava atender a uma questão de método e integrar sua solução nova às fontes romanas manejadas pelo *usus modernus pandectarum*²⁶⁸. Em primeiro lugar, o jurista alemão tomou como base a teoria das *conditiones*, pois, como procurava construir um sistema fechado, era essencial que todas as suas soluções partissem da mesma fonte. Assim, enquadrando a pressuposição como “condição não desenvolvida”, Windscheid reconduz o problema à condição, “de modo a demonstrar que o sistema de conceitos ínsito nas fontes resolve também a questão da

²⁶⁵VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Um estudo sobre a pressuposição*. Relatório apresentado na disciplina de Direito Civil na parte escolar do mestrado. Lisboa: Fac. de Dir. de Lisboa, ano letivo 1997/1998. p. 8. Disponível em: <https://www.paisdevasconcelos.com/ppv-2>. Acesso em: 25 jan. 2022. Sobre o *usus modernus pandectarum*: “O *Usus modernus* constitui a longa e multifacetada época entre, por um lado, a jurisprudência da Baixa Idade Média e a sua recepção na Alemanha e, por outro, a revolução cultural do jusracionalismo. Uma época destas não pode ser reduzida sem violência a um denominador comum. [...] O *usus modernus* é o início autêntico da doutrina ainda hoje viva, embora seu contributo humilde possa ter sido obscurecido pelo brilho de épocas posteriores.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 237-238.

²⁶⁶VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Um estudo sobre a pressuposição*, cit., p. 9.

²⁶⁷*Id. Ibid.*, p. 2-3.

²⁶⁸*Id. Ibid.*, p. 16.

pressuposição”²⁶⁹. Em consequência, a integridade formal e lógica do sistema estaria preservada.

Em segundo lugar, tenha-se em conta que a causa era elemento com presença decisiva para o nascimento da obrigação contratual, fator de juridicidade das obrigações no Direito Romano, a *causa civilis obligandi*. Nesse contexto, as obrigações produziam efeitos caso tivessem ação própria, típica, como típica também deveria ser sua causa, eis que o consenso por si só não tinha valor jurídico²⁷⁰. Desse modo, contratos inominados não tinham ação típica que lhes atribuísse eficácia, sendo necessária “uma causa específica a que correspondesse uma acção que lhes atribuísse juridicidade. As causas aceites eram *do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias (datio vel factum)*. A estas causas correspondia uma acção geral, a *actio praescriptis verbis*”²⁷¹. Daí o impasse, pois, para a pressuposição gerar efeitos, ela precisava de ação, porém, como figura nova, não tinha ação nominal correspondente. Também não eram aplicáveis as causas existentes. A solução encontrada foi a de construí-la como uma condição, ainda que “não desenvolvida”, podendo beneficiar-se das ações aplicáveis às condições.

Desfecho interessante disso tudo é que o paralelismo entre as condições e a pressuposição mostrou-se um artifício para outorgar eficácia jurídica a esta. Muito embora existam semelhanças, já há uma evidente diferença de planos porque a condição é querida pelas partes, clausulada no contrato, abrangente de fato futuro e incerto. A pressuposição é obtida através de um retrospecto da causa-fundamento, investigando, no contexto, a vontade provável da parte pressuponente, tida por “vontade verdadeira”, distinta da vontade declarada, podendo abranger fatos passados e presentes, ademais dos fatos futuros, apesar de a teoria apenas ter real interesse quanto ao *error in futurum*, isto porque “os restantes casos reconduzem-se ao problema geral da relevância do erro vício da vontade”²⁷².

Outro ângulo digno de nota, em relação à pressuposição no conjunto da declaração de vontade é que ela não é declarada, ela é pressuposta. Daí, com o devido respeito a Rodrigo Barreto Cogo, autor de densa e profunda dissertação sobre **a frustração do fim do contrato**, não é possível afirmar que “seria determinação inexa, a qual poderia constar de forma

²⁶⁹ “[...] Assim, Windscheid, embora crie uma figura de certo modo nova, consegue reconduzi-la às fontes, mantendo a integridade do sistema fechado. Assim construída, a pressuposição não desafia a integridade formal e lógica do sistema.” VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Um estudo sobre a pressuposição, cit.*, p. 16.

²⁷⁰ Novamente a questão dos contratos consensuais. *Infra*: p. 52, nota 128.

²⁷¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Um estudo sobre a pressuposição, cit.*, p. 18.

²⁷² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e atual. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2011. p. 326.

expressa ou tácita”²⁷³. Inexa, a pressuposição não é porque não limita, dentro da estrutura do negócio jurídico, sua própria eficácia. A limitação é sim da vontade, não dos efeitos típicos da obrigação.

Em suma, a condição opera no plano da eficácia; a pressuposição, como condicionante não da obrigação, mas da vontade do pressuponente que dava por certa determinada situação, no plano da validade e, desse modo, afim com o vício na formação da vontade²⁷⁴.

O ponto, então, passa a ser a resolução ou a rescisão do contrato em que não se operou a pressuposição, problema que não ocorre com a condição em que a eclosão ou não dos efeitos derivou da incerteza do fato condicionante, mas tudo dentro da autonomia privada das partes, ou seja, uma condição não aperfeiçoada, não invalida o negócio. O mesmo não acontece para a pressuposição. De acordo com Francisco Amaral, o negócio se resolve²⁷⁵. É certo que a pressuposição e o mecanismo condicional desempenham uma função comum: “de proteger quem se vincula negocialmente da falta de utilidade do conteúdo contratual acordado”²⁷⁶. No entanto, na pressuposição, diante da falta de previsão contratual, essa proteção resolve-se “conforme aplicação dos institutos legais que a esta permitam dar cobertura”²⁷⁷.

Se não chegou a lograr êxito, pela insegurança que gera de investigação retrospectiva da vontade das partes, inclusive da cognoscibilidade da pressuposição pelo outro contratante, o que também é um problema, a teoria da pressuposição ainda tem importância, inclusive,

²⁷³COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 75.

²⁷⁴“Quer dizer: o que leva a estipular uma verdadeira e própria condição é um estado de dúvida; ao invés, no espírito do pressuponente existe a certeza, quando menos com o sentido de ausência de dúvida, sobre a verificação do evento ou situação que pressupõe, pois de contrário não deixaria de condicionar expressamente a produção dos efeitos da sua declaração de vontade. Assim se explica a referência de WINDSCHEID à condição embrionária ou não desenvolvida.” COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações, cit.*, p. 326, nota (1). Como visto, embora não seja essa a razão para a classificação da pressuposição como “condição embrionária” -- mas sim para outorgar-lhe eficácia jurídica --, o certo é que faz sentido dizer que a pressuposição se dá em um nível de ausência de dúvida (apesar de a incerteza objetiva fazer-se presente no caso de fato futuro) e, assim, o pressuponente sequer insere tal elemento no contrato.

²⁷⁵“A pressuposição não resulta da declaração de vontade, mas das próprias circunstâncias do caso, representando a aplicação do princípio da boa-fé, já que o seu pressuposto ‘é que a circunstância cuja não-verificação deverá rescindir o negócio, ainda que não declarada, era, não obstante, tão implícita, nas condições de tempo e lugar onde ocorreu o negócio, que a outra parte não pode, de boa-fé, afirmar não ter entendido que a eficácia do negócio estava a ela subordinada.” AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução, cit.*, p. 511. Em direção contrária, entendendo que a pressuposição dá ensejo à revogação, dependendo de iniciativa do pressuponente: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico, cit.*, 1974. v. 2, p. 405-406.

²⁷⁶AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda, cit.*, p. 79.

²⁷⁷*Id. Ibid.*, p. 79.

como baliza para os tribunais no que diz respeito à preservação da utilidade do negócio, já tratada nesta tese²⁷⁸.

A esse respeito, defendendo uma aplicação *cum grano salis* da teoria da pressuposição, Cláudio Luiz Bueno de Godoy afirma que:

existiriam fundamentos sobre os quais se firmam o negócio, ou sem os quais ele não se firma, mas diferentes dos motivos, porque não levam, propriamente, à decisão de contratar – quando muito condicionam, como dito, a contratação – e porque não são unilaterais, não são conhecíveis (como na pressuposição), contudo necessariamente conhecidos da contraparte²⁷⁹

Completa Godoy, “São, de qualquer forma, circunstâncias que constituem fundamentos para as partes, formando uma base, por isso subjetiva, sobre a qual contratam”²⁸⁰.

Figuras diversas, a aproximação entre a condição e a pressuposição foi articulada por Windscheid para atender a fins sistemáticos e de praticabilidade, sem o que não haveria como emprestar eficácia jurídica à sua criação. No entanto, enriquecida pela boa-fé objetiva, essa teoria é utilizada em hipóteses limítrofes, sendo, enfim, uma forma de inseribilidade de motivos em paralelo à condição em sentido técnico, a demonstrar a força expansiva da cláusula geral de boa-fé, o que, aliás, demanda uma série de cuidados e rigores que a jurisprudência, agora menos entusiasmada com a figura entronizada pelo Código Reale, começa a colocar sob escrutínio mais severo.

A não recepção da teoria da pressuposição, como um imperativo de segurança jurídica, não impede, circunstancialmente, seu acolhimento como preservação da vontade da parte em casos que o pressuposto era facilmente cognoscível pela contraparte, no que o apoio

²⁷⁸“De forma sintética podemos apontar que o direito brasileiro não recepcionou a figura da pressuposição, tendo em vista a segurança dos negócios jurídicos, muito embora, no que tange a circunstâncias futuras, lhe dê certo acolhimento, mormente quanto à resolução por excessiva onerosidade nos contratos.” MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil, cit.*, p. 418. No âmbito do TJSP, aplicando a teoria da pressuposição:

Licença de software. Contrato de cessão onerosa em meio a ajuste mais amplo mantido entre as partes, para credenciamento e revenda produtos da ré. Pretensão que foi resolutória, primeiro em virtude de fato pressuposto, mas não ocorrido, que era a contratação junto a cliente final, a que serviriam as licenças, nos moldes em que adquiridas pela autora. Teoria da pressuposição. Falta ainda de cumprimento dos deveres de lealdade e informação pela ré sobre as condições no negócio e em face do quanto pressuposto. Ausência, portanto, de decadência a reconhecer, como de resto cerceamento da prova oral pela ré. Valor das licenças não utilizadas de outro modo que deve ser devolvido, como deliberado na origem. Dano moral, porém, indevido. Notificação que foi de rescisão e que, assim, deveria ter respeitado o prazo de sessenta dias. Indenização decorrente que, todavia, não se justifica nos termos do art. 34 da 4.886/65. Sentença em parte revista. Recurso parcialmente provido. TJSP, Apel. Cível n. 1030966-95.2015.8.26.0100, 1ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Cláudio Godoy, j. em 10.12.2019. Também: *infra*, p. 35, nota 84.

²⁷⁹GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57.

²⁸⁰*Id. Ibid.*, p. 57.

da boa-fé objetiva é a alavanca de Arquimedes para viabilizar a entrada da pressuposição pela “janela”²⁸¹.

2 Negócios incondicionáveis

No plano da eficácia encontra-se o clímax do fenômeno jurídico porque trata-se do momento da produção dos efeitos pelos quais o direito rege a vida em sociedade. Naturalmente, o padrão das relações é a eficácia imediata dos atos e negócios jurídicos, valendo repetir que a aposição de condição equivale à potenciação da autonomia privada, que é inadmissível em negócios cuja natureza jurídica discrepe do tratamento de interesses exclusivamente privados e seja incompatível com a incerteza conatural ao regime da condição.

A noção de que há atos que não comportam condição já existia no Direito Romano, com a doutrina dos *actus legitimi*, que, segundo Vicente Ráo, poderiam se distinguir porque a condição é incompatível com eles; porque são atos que tendem a fazer cessar a incerteza, logo, a condição seria antagonista à sua própria razão de ser; e porque são atos cujo fim é evitar que terceiros caiam em engano²⁸². O Direito Romano bem visualizava atos que eram ontologicamente incompatíveis com a condição ou, pelo menos, incondicionáveis por razões de ordem prática.

Sendo assim, vale observar em que casos tem-se a presença de negócios incondicionáveis, ditos puros, lembrando que o ato jurídico em sentido estrito não admite condicionamento, porquanto não há regulação de efeitos, como dito, não há vontade de resultado que implique autorregulação de interesses²⁸³.

Considerando que a incondicionalidade reside na natureza do interesse tutelado, seja por envolver um sentido moral ou interesse público, seja por se tratar de declarações unilaterais receptícias que, envolvendo interesses legítimos de outrem, devem ser certas e de

²⁸¹Conforme se diz, a convicção de Winscheid a propósito de sua tese era tanta que afirmava que, “expulsa pela porta, entraria pela janela”. Veja-se: MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 418.

²⁸² “[...] Procurando classificar tais atos, segundo o direito romano, FERRINI, em seu *Manuale di Pandetti*, os distingue de conformidade com os seguintes critérios: a) – atos com o conteúdo dos quais a condição seria incompatível, como, por exemplo a *acceptilatio*; b) – atos que, por tenderem a fazer cessar uma situação de incerteza, não tolerariam sua sujeição a um elemento de incerteza ulterior, assim, por exemplo, a *aditio hereditatis*; c) – atos destinados a obstar a indicação de terceiros em engano, tal, por exemplo, a *mancipatio*.” *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 292. Ainda nesse passo: KASER, Max. *Derecho romano privado*, cit., p. 58.

²⁸³AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 506.

eficácia imediata, vale organizar os negócios que não admitem condição em duas categorias²⁸⁴.

Uma primeira categoria: atos que envolvem valores morais ou interesse público. Aqui incluem-se os direitos não patrimoniais da personalidade, inclusive, porque eles não podem sofrer “limitação voluntária”, de acordo com o artigo 11 do Código Civil. Aqui também estão os direitos que, possuindo fundamento ético-social, constituem deveres ao mesmo tempo. Como arrola Vicente Ráo:

a constituição do casamento, os direitos pessoais entre cônjuges, o pátrio-poder, a cessação da sociedade conjugal, a legitimação, o reconhecimento de filhos ilegítimos, a adoção, a emancipação, a aceitação da tutela e curatela, o regime de bens no casamento, a atribuição da legítima²⁸⁵.

A grande maioria dos atos jurídicos listados é de direito de família, onde reconhecidamente há retração da autonomia privada verificada no direito dos contratos. Ademais, o reconhecimento de filhos ilegítimos, a adoção, a emancipação, a aceitação da tutela e curatela, aceitação de testamentária e herança, são estranhos à aposição de condição, uma vez que sua função é correlata à certeza de que deles se espera, inclusive com discussão sobre se são realmente negócios jurídicos ou se são atos jurídicos em sentido estrito (essa última posição afastando por completo a aposição de condição).

Na segunda categoria constam, ainda segundo Vicente Ráo, com apoio em Ennecerus, a aceitação ou recusa de legado, a declaração unilateral de compensação

e, ainda, os atos de resolução e revogação, os de escolha nas obrigações alternativas, os de eleição de legado, dos de dívida de gênero e as declarações mediante as quais se exerce um direito de retrato, acrescentando, no entanto, que, nestes últimos casos, o ato condicional é válido quando não prejudica os interesses legítimos da outra parte, ou quando visa protegê-la e ela os aceita²⁸⁶.

Também Karl Larenz adota distinção parecida, divisando dois grupos de negócios incondicionáveis, no primeiro grupo todos os contratos sobre estado civil e aqueles em que a condição não é compatível com o interesse público; no segundo grupo, os negócios jurídicos de formação unilateral, observando que não seria exigível da outra parte aceitar a

²⁸⁴RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, cit., p. 292-293.

²⁸⁵*Id. Ibid.*, p. 294. Corroborando a visão de Ráo, veja-se: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil*: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive, cit., p. 50.

²⁸⁶RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, cit., p. 293.

incerteza típica da condição²⁸⁷. No entanto, como se viu com Zeno Veloso, o testamento é negócio jurídico unilateral e, sem embargo, é condicionável²⁸⁸.

Destarte, a questão central para aferição da possibilidade ou não de condicionar é o tipo de interesse envolvido e o grau de incompatibilidade com a incerteza, como é o caso das situações jurídicas de estado e os direitos de personalidade (para ficar nos exemplos mais evidentes), bem como o caso dos títulos de crédito que, por sua abstração, não repelem a condicionalidade²⁸⁹. Como, aliás, nota Zeno Veloso, não se trata de um tema somente de condição, cuida-se da oponibilidade ou não dos elementos acidentais em geral, lógico, porque aquilo que não é condicionável, pode (embora não necessariamente) não ser atermável ou passível de encargo²⁹⁰.

Questão digna de nota refere-se à possibilidade ou não de condicionar a constituição de pessoa jurídica, porque, conforme observa a doutrina, há que se divisar dois momentos distintos: (i) o entabulamento do contrato plurilateral e (ii) a inscrição no órgão de registro

²⁸⁷LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general, cit.*, p. 680-681. Sobre o tema da inadmissibilidade da condição de regra que se funda no interesse público de segurança jurídica, ver TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación), cit.*, v. 3, p. 258.

²⁸⁸*Infra*: nota 182. No ponto, nota-se que há legislações que optam por determinar expressamente a incondicionalidade, como explica-o Ana Isabel Afonso: “O legislador português cuidou de formular proibição expressa de condicionamento relativamente a certos negócios jurídicos. Assim, são, entre nós, por expressa determinação legal, incondicionáveis: os negócios cambiários (o saque, art. 1º, nº 2; o endosso, art. 12º, §1 e o aceite, art. 26º, §1 LULL); a aceitação e o repúdio da herança (arts. 2054º, nº 1, e 2064º CC) E DO LEGADO (art. 2249º CC); o casamento (art. 1618º, nº 2 CC); a aceitação da testamentaria (art. 2323º, nº2, CC); a perfilhação (art. 1852º CC) e a compensação (art. 848º, nº2, CC).” AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda, cit.*, p. 107-108.

²⁸⁹Sem embargo disso, vale reportar celeuma acerca da possibilidade ou não do aval condicionado. Para alguns, a vedação à incondicionalidade estaria restrita aos artigos 12 e 26 da Lei Uniforme de Genebra (Dec. 57.663, de 24 de janeiro de 1966), que são taxativos ao afirmar que o endosso e o aceite são sempre puros e simples. Porém, no que respeita ao aval, ausente a vedação expressa, há quem sustente a possibilidade do aval condicionado. Em resposta a essa possibilidade, Viana afirma que exatamente pelo fato de a norma genebrina ser omissa, no ponto vige o artigo 44, IV, do Decreto 2.044, de 31 de dezembro de 1908, cuja redação considera não escrita “a cláusula excludente e restritiva da responsabilidade e qualquer outra beneficiando o devedor ou credor, além dos limites fixados por esta lei”. VIANA, Bonfim. *Fundamentos das exceções cambiárias*: ensaio. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 140 e ss. Ainda nesse mesmo sentido, em data anterior, pondo em dúvida a possibilidade do aval condicionado, com o argumento do artigo 44, IV, do mesmo decreto, veja-se: COMPARATO, Fábio Konder. Crédito direto a consumidor. Objeto e causa do negócio. A questão do aval condicionado. *In*: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 405 e ss.

²⁹⁰“Em alguns negócios e atos jurídicos *stricto sensu* (sobretudo nestes), os elementos acidentais não podem ser apostos, como no casamento, reconhecimento de filiação, emancipação, adoção, aceitação e renúncia de herança, e nos que envolvem os direitos da personalidade (v. arts. 361, 375 e 1.583 do Código Civil). A legítima dos herdeiros necessários também não pode ser restringida por modalidades e outras limitações, salvo a cláusula de inalienabilidade, de incomunicabilidade, de livre administração pela mulher herdeira e a de conversão da quota necessária (legítima) em outras espécies de bens (v. art. 1.723 do Código Civil). Os títulos cambiários, até por sua abstração, não podem sujeitar-se a condições, mas podem ser subordinados a termo. Dadas sua natureza jurídica, a gravidade e interesse social dos assuntos regulados, a conveniência de que os mesmos sejam revestidos de toda certeza, sua repercussão no estado das pessoas e na órbita familiar, muitos atos jurídicos têm de ser puros e simples, não podendo inserir-se neles um elemento de insegurança, um fator de incerteza, típico das modalidades.” VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 16.

competente, regularizando a sociedade. Ana Isabel Afonso explica que o contrato de sociedade pode ser celebrado sob condição suspensiva ou resolutiva e dá como exemplos práticos bem verossímeis: “a necessidade de suspensão dos efeitos do contrato, aguardando a obtenção de uma autorização administrativa de importação, de aquisição de uma patente, ou de sucesso num litígio judicial relativo à respetiva exploração”²⁹¹. No entanto, como bem observa a autora, “o problema está em que um tal contrato não poderá ser objeto de inscrição no registo antes do preenchimento da condição, visto que o legislador liga a inscrição no registo à aquisição de personalidade jurídica (cfr. Art. 5º CSC)”²⁹².

Especificamente para o negócio jurídico fundacional e para a constituição de associação, A. von Tuhr admite a condicionalidade, entretanto, observa que a aprovação da fundação e o registo da associação não se realizam enquanto não cumprida a condição²⁹³.

Diante desse contexto, vale suscitar importante problema prático: Se estiver presente condição em ato jurídico (sentido lato) no qual não poderia estar, qual a consequência?

Em primeiro lugar, a consequência derivará da posição da condição na estrutura do ato ou negócio. Em tal caso, por exemplo, aposta a condição suspensiva ou resolutiva em um ato jurídico em sentido estrito, considerando sua impossibilidade, pois, como visto, funcionalmente, o ato jurídico em sentido estrito não regula efeitos, não é ato de autonomia privada, a solução mais adequada parece ser a que considera como inexistente a condição, preservando-se o ato jurídico enquanto tal (até pelo bem da segurança jurídica).

Pontes de Miranda, acerca do que denomina como princípios de separação e não contaminação, explica que (i) as condições, sendo inexas, não constam da estrutura típica do

²⁹¹AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, *cit.*, p. 111.

²⁹²*Id. Ibid.*, p. 111. Para que o leitor possa aquilatar as conclusões de Afonso, confira-se a literalidade do artigo 5º do Código das Sociedades Comerciais de Portugal (Decreto-Lei 262/86): “Art. 5º. Personalidade: As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades por fusão, cisão ou transformação de outras.” PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 262/86. Código das Sociedades Comerciais*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1986-34443975>. Acesso em: 13 fev. 2022.

²⁹³TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*, *cit.*, v. 3, p. 258-259. Nesse ponto, especificamente sobre a condicionalidade no negócio jurídico fundacional, é interessante a observação de Daniel Pires Novais Dias, ao diferenciar a análise da condição suspensiva da condição resolutiva. Acerca da condição suspensiva, Dias afirma que: “A possibilidade de estipulação de condição suspensiva no negócio fundacional não se afigura problemática. A única observação que se faz é que, de um modo geral, enquanto a condição não se implementar, não convém apresentá-lo ao Ministério Público para aprovação, uma vez que toda a utilidade do labor deste órgão ficaria comprometida com a não implementação da condição.” Sobre a condição resolutiva, tema mais complexo em razão do interesse de quem mantém relações econômicas com a fundação, Dias explica que: “assim, não será possível a estipulação de uma condição cuja implementação tivesse por consequência a impossibilidade de realização do fim fundacional, a pobreza do instituidor, e grosseira ingratidão com destinatários.” DIAS, Daniel Pires Novais. *Negócio jurídico fundacional*. 2012. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 103-105.

suporte fático legal do ato; (ii) logo, derivadas da vontade, são incidíveis desta, salvo se não entraram para o mundo jurídico; (iii) daí, enfatiza ele, caso a condição entre no mundo jurídico, não se separa mais da vontade que ela modifica, caso contrário, “só se vê, do mundo jurídico, o que se juridicizou, não se vê a condição, e o princípio de não-contagiação incide”²⁹⁴. Daí, depreende-se que o ato jurídico é válido e a condição não tem relevância uma vez que sequer entrou no mundo jurídico²⁹⁵.

Na estrutura e função do ato jurídico em sentido estrito, a autorregulação de efeitos voltada a um fim prático não tem lugar, portanto, a condicionalidade. Enfim, não é minimamente possível.

No caso do negócio jurídico, em que é possível a condicionalidade – seu verdadeiro *locus*, especialmente a teor da dicção do artigo 121 do Código Civil –, a aposição de condição em negócio incondicionável acaba por cair na capitulação do artigo 123, inciso II, do mesmo código, colocando em questão a higidez da vontade a animar a declaração espelhada no negócio. A esse propósito, Andrade argumenta que, sendo incidível a vontade e a condição, o destino tem que ser um só, enfim, “o negócio não pode valer com a condição porque a lei o não consente; nem pode valer sem ela porque as partes o não quiseram assim”²⁹⁶.

A solução sistematicamente mais adequada, nesse ponto, é a invalidade, muito embora, reconheça-se que talvez aqui o legislador pudesse minudenciar a matéria, uma vez que a aposição de condição lícita em negócio incondicionável é um problema de ilegalidade formal, não de ilicitude em si, como observou Pontes de Miranda, “ser ilícito é mais do que ser ilegal ou juridicamente impossível”²⁹⁷.

Com todas as reservas que o casuísmo impõe, algumas situações de aposição de condição em negócio incondicionável poderiam não contagiar o próprio negócio, valendo a preservação de seu conteúdo, sobretudo em casos de ato de última vontade, como no caso de uma tutela testamentária sob condição suspensiva.

²⁹⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 126.

²⁹⁵“O fato mesmo de não entrar no mundo jurídico, entrando a vontade manifestada, separa, distingue.” *Id.* *Ibid.*, p. 126.

²⁹⁶ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, cit., 1974. v. 2, p. 365. Também afirmando a nulidade do negócio incondicionável em que se apõe condição: TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*, cit., v. 3, p. 258.

²⁹⁷“Condição ilícita não é a condição juridicamente impossível, não é a condição que não entraria no mundo jurídico, ou que, entrando, seria ilegal (= não conforme o tipo legal do ato); é a condição reprovada pela ordem jurídica, e não somente a que está fora dos limites da lei. Ser ilícito é mais do que ser ilegal ou juridicamente impossível. A êsse basta a não-conformidade (ajuricidade ou antijuricidade); àquele é previsto a reprovação à contrariedade de direito. Têm-se de ordinário como ilícitas as condições contrárias a regras jurídicas cogentes, identificando-se, aí, juridicamente impossível e ilícito; mas tal raspagem de diferenças é insustentável.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 128.

3 Espécies de condição

O tema das espécies é sempre muito versado, com catalogação minudente das variantes. Aqui, porém, o tratamento é mais singelo, buscando a ênfase naquelas espécies que incitam uma fase de pendência com possibilidade de manejo das medidas de conservação às quais alude a legislação.

Sem sombra de dúvida, a principal dicotomia está entre condição suspensiva e condição resolutive. A primeira é cláusula que, aposta ao contrato, suspende sua eficácia até a eclosão do fato condicionante; a segunda, cláusula que, aposta ao contrato, resolve sua eficácia quando ocorre o fato condicionante.

Há quem sublinhe bastante a diferença entre ambas as condições, como é o caso de Falzea que, segundo observa Afonso, afirma ser insuficiente a presença de um estado de pendência para garantir uma categoria unitária. De acordo com Afonso, a condição suspensiva integra um processo formativo da *fattispecie*, constituindo uma **concausa de eficácia**, ao passo que a condição resolutive advém quando o ciclo formativo da *fattispecie* está completo, constituindo-se, portanto, em um “facto estruturalmente autónomo, dotado de sua própria relevância e eficácia”²⁹⁸.

No entanto, a partir da divisão dos planos do negócio jurídico, é certo que o ciclo formativo do contrato sob condição suspensiva está todo completo. Quanto a ser concausa de eficácia, tal é correto, porém, isso não condiz com a formação do contrato no plano da existência. Tanto é que contrato condicionado e contrato preliminar são diferentes, pendência e preliminaridade são posições intermédias diferentes.

Ainda, Afonso observa que a condição assume a feição suspensiva ou resolutive conforme a posição que cada parte possui no contrato. Assim, na alienação fiduciária em garantia, por exemplo, para o credor fiduciário, a instituição financeira, o inadimplemento das parcelas é condição suspensiva da consolidação de sua propriedade, já para o devedor fiduciante, é condição resolutive de sua posse direta. Por outro lado, o adimplemento das parcelas, para o credor fiduciário, é condição resolutive da sua propriedade fiduciária e para o devedor fiduciante, condição suspensiva do seu domínio, pelo registro na matrícula do imóvel. Em suma, “toda a condição que é resolutive para uma das partes assume feição suspensiva para a outra; o evento condicionante é o mesmo, mas a modalidade é inversa”²⁹⁹.

²⁹⁸AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 173-174.

²⁹⁹*Id. Ibid.*, p. 174.

Assim, para Afonso estaria superado o obstáculo à homogeneidade das duas espécies de condição, podendo afirmar-se um conceito unitário de condição porque, em ambas, os efeitos ou cessação deles dependerá de fato futuro e incerto, havendo fase de pendência negocial em que existe a presença de conteúdo acautelatório dos direitos finais das partes envolvidas. Essa homogeneidade deve, no mínimo, ser recebida com cautela, pois, os regimes jurídicos não são completamente iguais e a ideia de conversibilidade tomando uma condição pela outra pode resultar em interferência na vontade das partes.

Também vale a observação de Sergio Maiorca, para quem, o evento deduzido em condição não é causa de eficácia dos efeitos negociais, para o que deve-se sempre buscar no negócio (no clausulado do negócio), ainda que suspensivamente condicionado. Do mesmo modo, a verificação da condição resolutiva não pode ser tida como causa da resolução dos efeitos do negócio, cuja sorte é prevista e regulada no negócio condicionado de maneira resolutiva³⁰⁰.

Vale ainda destacar Pelosi que, a respeito da propriedade resolúvel³⁰¹, afirma que é possível tratar do tema da perspectiva do comprador sob condição resolutiva e da perspectiva do alienante sob condição suspensiva, eis que a posição jurídica de ambos é regulada de modo correlato³⁰². Em outra passagem, Pelosi nota que no negócio sob condição resolutiva não se distinguem dois atos negociais, havendo uma única causa produtora de efeitos unitários: a restituição conseguinte ao cumprimento da condição resolutiva nada mais é do que um método de execução deste negócio unitário, uma vez que deriva do caráter eventualmente temporário impresso pelas partes, por ato de estipulação, aos direitos concedidos no negócio³⁰³.

Essa uniformidade de tratamento é especialmente visível para as medidas de conservação na fase de pendência. No nosso Código Civil, o artigo 130 é claro ao abranger ambas as espécies de condição³⁰⁴.

³⁰⁰MAIORCA, Sergio. *Condizione (sintesi di informazione)*, *cit.*, p. 214.

³⁰¹Definição legal no Código Civil brasileiro, constante do artigo 1.361, *caput*: “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

³⁰²PELOSI, Angelo Carlo. *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 4. Noutra passagem, Pelosi reafirma a similitude de posições: “*Orbene, dalla disciplina legislativa della 'condizione nell contratto' può a nostro avviso dedursi che la posizione dell'alienante sotto condizione sospensiva viene parificata a quella dell'acquirente sotto condizione resolutive, e vice-versa la situazione dell'acquirente sotto condizione sospensiva viene equiparata a quella dell'alienante sotto condizione risolutive.*” *Id. Ibid.*, p. 67.

³⁰³*Id. Ibid.*, p. 310.

³⁰⁴Especificamente sobre a fase de pendência na condição resolutiva, observe-se: “*En la condición resolutoria, el negocio en estado de pendencia produce sus propios efectos como si fure puro; más como es incierta su*

De acordo com Carlos Alberto Dabus Maluf, a divisão entre condições suspensiva e resolutive é historicamente recente e não isenta de debates. O autor afirma, inclusive, que há quem negue a veracidade científica dessa dicotomia, entendendo que não existiriam, a rigor, condições resolutorias porque a resolução seria efeito que produz o implemento da condição, em que existiria somente o momento da *conditio pendet* e a situação jurídica consolidada, quando a condição se aperfeiçoa ou falha³⁰⁵. O próprio Maluf afasta essa tese, afirmando que

mais científica nos parece uma diferenciação baseada nos três momentos que tradicionalmente se consideram definidores da condição (*conditio pendet, conditio existit, conditio deficit*) do que outra fundamentada em um só dos ditos momentos. Os efeitos da condição a respeito da resolução jurídica são distintos em cada um desses três momentos, e não é lícito desconhecer que a chamada condição resolutive produz no período de situação definitiva efeitos contrários àqueles que causaria a condição suspensiva³⁰⁶.

Enfim, se é certo que os pontos de convergência no tratamento do fenômeno condicional são bastante visíveis, gerando inclusive problemas interpretativos para diferenciar a condição suspensiva da resolutive, também é certo que o interessante, pelo ângulo oposto, seja enfatizar as diferenças, inclusive, dentro da perspectiva do interesse contratual ventilado. Ponderando exatamente sobre a distinção entre condição suspensiva e resolutive, Barbero frisa o aspecto funcional e questiona qual seria a razão para alguém, dizendo “quero se” (uma vontade condicionada), dar valor suspensivo ou resolutive à sua declaração³⁰⁷.

De acordo com Barbero, a variação dependerá de fatores externos diversos, sintetizados na seguinte fórmula: pode ser que a pressão exercida por outros elementos representados ao sujeito negociante e que o impulsionam ao negócio, seja tanta que uma

estabilidad, el interesado en el cumplimiento de la condición – que tiene a su favor la expectativa de readquisición del derecho – puede ejercitar las mismas facultades características de la pendencia que en la suspensiva.” RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier. *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985. p. 23. Também: “É certo que na resolutive há ínsita a ideia de reaquisição, que se opera com o implemento da *conditio*, em paridade de situação com a aquisição do direito na suspensiva. Mas, enquanto na suspensiva o adquirente tem somente a expectativa de direito, na resolutive opera-se desde logo a aquisição, militando em favor do adquirente a expectativa de reaquisição; enquanto na suspensiva a verificação opera como se o direito houvesse sido adquirido deste a data do ato, com abstração do tempo intermédio, na resolutive a verificação importa na perda do direito desde a data da declaração de vontade.” MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive*, *cit.*, p. 105-106.

³⁰⁵MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive*, *cit.*, p. 101.

³⁰⁶*Id. Ibid.*, p. 102.

³⁰⁷BARBERO, Domenico. *Contributo alla teoria della condizione*, *cit.*, p. 63.

eventual resistência exercida por uma circunstância incerta não vença, para que o sujeito deixe de comprometer sua situação jurídica, de modo que, se o futuro conformar-se a sua representação, o efeito declarado não pode estar faltando. Opostamente, pode ocorrer de a pressão dessas circunstâncias externas ser ainda mais forte ou a resistência do evento incerto ser menor, ao ponto de o sujeito decidir pela produção dos efeitos declarados do negócio. Entretanto, uma vez que a incerteza permaneça, pensando na unidade do negócio, ele pode se engajar no negócio de tal forma que, se o futuro não corresponder às suas previsões, não se produz o efeito que ele quer evitar³⁰⁸.

Como exemplos para a elaboração de Barbero, pode-se pensar nos seguintes cenários: primeiro, retomando Olivier Milhac, no caso da aquisição de terreno para construir, a falta do alvará da autoridade administrativa frustra um interesse essencial do comprador. Para tornar o exemplo mais imaginativo, suponha-se que o preço e a localização do terreno sejam absolutamente atrativos para uma construtora sem unidades em estoque e que a hesitação em fechar o negócio permitirá que a concorrência adquira o imóvel. Nesse contexto, a pressão de elementos que impulsionam o sujeito ao negócio é superior à resistência existente pela falta do alvará da autoridade administrativa e, no caso de o ato administrativo não se aperfeiçoar, a condição suspensiva lhe dá segurança.

Outro exemplo ainda: uma empresa da Região Sudeste do Brasil quer comprar um equipamento de grande porte para utilizá-lo em sua operação na planta industrial que mantém no Norte do país e existe uma concorrente menor, em vias de fechar as portas, que possui esse equipamento alocado exatamente nessa região. Ora, a aquisição por preço de ocasião, a diminuição do custo logístico de transportar o pesado equipamento do Sudeste para o Norte, a possibilidade de aproveitar equipamento que está geograficamente mais próximo de sua planta industrial, tudo isso pode incentivar a empresa a comprar o ativo, com condição suspensiva de análise técnica, realizada por terceiro livremente contratado, que demonstre a viabilidade da retirada do bem da planta da vendedora e reinstalação, sem danos, na planta da compradora.

Em contrapartida, retomando o exemplo da venda e compra com propriedade resolúvel, a necessidade de fazer o negócio e a existência de um contrato de empréstimo com juros atrelado ao negócio (compreendidos os juros como remuneração da instituição financeira) superam o risco do contrato, tornando interessante que se aponha uma condição resolutiva como garantia do pagamento total do preço que foi financiado.

³⁰⁸BARBERO, Domenico. *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 63.

Nota-se que quando a incerteza influencia ou põe em risco os motivos pessoais de um dos contratantes, a condição suspensiva amolda-se melhor à hipótese; quando, ao contrário, a questão é apenas e tão somente a garantia do cumprimento da prestação da contraparte, nada impedindo, em termos de finalidade, que o negócio vá adiante, mais adequada é a condição resolutiva.

Também refletindo sobre o que conduz os contratantes à condicionalidade suspensiva ou à resolutiva, Mathias Latina, citado também por Afonso³⁰⁹, afirma o seguinte:

A escolha da forma suspensiva ou resolutiva da condição, dependerá, então, das probabilidades de conclusão do evento percebidas pelas partes e, correspondentemente, de seu maior ou menor otimismo.

A natureza ‘esperada’ ou ‘temida’ do evento condicional também influenciará a decisão dos contratantes. Se o evento condicional é uma circunstância esperada sem a qual o ambiente contratual não é propício para o desenvolvimento dos interesses das partes, parece mais criterioso bloquear os efeitos do contrato até sua chegada. Por outro lado, se o evento é temido nesse contrato, um contexto cuja manutenção é essencial para a preservação do interesse das partes, nada impede sua eficácia plena e imediata e a forma resolutiva deverá ser necessária³¹⁰. (Tradução nossa.)

Entretanto, Latina observa que há elementos psicológicos que favorecem, no cotidiano, a opção pela condição suspensiva. Daí, completa o autor, para as partes, em regra, faz mais sentido e parece ser mais sábio, aceitar a eficácia do contrato apenas quando todas as ameaças desapareceram³¹¹.

De seu turno, Carlos Javier Rodríguez García aponta que a condição resolutória explícita (aqui o autor confunde condição com cláusula resolutória), de forma quase habitual, “*aparece inserta en los contratos de compraventa de inmuebles con precio aplazado, frecuentemente combinada com cláusula penal*”³¹². Além do mais, Rodríguez García observa que o pagamento a prazo traz consigo uma garantia meramente pessoal, pois o vendedor já entregou o bem, geralmente de alta apreciação econômica, sendo essa uma situação legal insuficiente para garantir o pagamento. O vendedor quer uma garantia real, uma vez que as ações de caráter pessoal só servirão para recuperar a coisa vendida se está estiver em poder do comprador. Porém, isso não basta³¹³. Naturalmente, o caráter real da garantia da condição resolutória não repousa insitamente no seu contorno doutrinário, mas

³⁰⁹AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 176, nota 407.

³¹⁰LATINA, Mathias. *Essai sur la condition en droit des contrats.*, cit., p. 347.

³¹¹*Id. Ibid.*, p. 347-348.

³¹²RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier. *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, cit., p. 26.

³¹³*Id. Ibid.*, p. 42.

na previsão que a legislação estabelece, dando esses efeitos para fins de registro seja na matrícula do bem de raiz, seja para constar no documento de transferência do veículo automotor, para ficar nos exemplos mais comuns.

Mesmo assim, a condição resolutiva, por permitir a ablação dos efeitos do negócio então eficaz, possui inegável vocação de garantia, especialmente porque sua incidência é automática, quando da eclosão do fato positivo ou negativo condicionante³¹⁴, sem a necessidade de constituição em mora e sem mais discussões sobre adimplemento substancial e outros, discussões sobre grau de inexecução que ficam de fora³¹⁵. O debate cinge-se em verificar a presença ou não do fato condicionante revocatório dos efeitos do negócio.

Assim, cabe distinguir a condição resolutiva da cláusula resolutiva, a partir das gradações propostas por Aline de Miranda Valverde Terra, especialmente, porque a definição de regime em matéria de cláusula resolutiva expressa, segundo a autora, é historicamente bastante complicada.

É bem verdade que parte das impropriedades cometidas em relação à cláusula resolutiva expressa remonta às insuficiências e deficiências do regime anterior. O legislador de 1916, em flagrante atecnia, tratou da cláusula resolutiva expressa como se fora instituto equivalente à condição resolutiva, e a doutrina, já àquela época, também a equiparava, sob diversos aspectos, à cláusula resolutiva tácita,

³¹⁴Logicamente, o legislador pode estabelecer diferente, como, no caso do artigo 2º, §2º, do Decreto Lei 911/69, que, no entanto, é um requisito muito próximo de uma automaticidade de efeitos, diante de seu regime: “Art. 2º. No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. [...] §2º. A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.” O que encontra respaldo na jurisprudência: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. COMPROVAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AVISO DE RECEBIMENTO (AR) COM INFORMAÇÃO ‘AUSENTE’. RECURSO PROVIDO. 1. O encaminhamento de notificação ao endereço do devedor informado no contrato, por meio de carta com aviso de recebimento, é suficiente para a comprovação da mora no contrato de alienação fiduciária, sendo desnecessário ao credor comprovar o efetivo recebimento da correspondência pelo seu destinatário. 2. Recurso especial provido.” STJ, REsp 1.927.812/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.03.2021, DJe 05.04.2021. Nesse passo, a notificação é mais um requisito para a sua comprovação na ação de busca e apreensão, mas a mora é *ex re*. Confira-se: “A mora decorre do simples vencimento, devendo, por formalidade legal, para o ajuizamento da ação de busca e apreensão, ser apenas comprovada pelo credor mediante envio de notificação, por via postal, com aviso de recebimento, no endereço do devedor indicado no contrato.” STJ, REsp 1.592.422/RJ, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.05.2016, DJe 22.06.2016. A notificação, no caso, é para provar a mora no processo, não para constituí-la materialmente falando.

³¹⁵O ponto será melhor trabalhado ulteriormente, mas, por ora, note-se que o regime de verificação do cumprimento ou descumprimento da condição é bastante mais simples do que aquele que joga o postulante para análise do cumprimento ou descumprimento da obrigação já em si eficaz. Sobre: SANCHEZ, Paloma. La celebración o el cumplimiento de contrato como condición suspensiva de una diferente relación contractual. *Anuário de Derecho Civil*, Madrid, 2019. p. 315-354. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2019-20031500354. Acesso em: 31 jul. 2022.

negando-lhe regime jurídico próprio. Daí resultou a atribuição, à cláusula resolutiva expressa, de disciplina anárquica, resultante da combinação aleatória de regras atinentes à condição resolutiva e à cláusula resolutiva tácita. A cláusula resolutiva expressa ganhou, dessa forma, disciplina híbrida, na qual se confundem institutos com estruturas e funções diversas³¹⁶.

De início, Terra destaca origens distintas entre a cláusula resolutiva e a condição resolutiva. A primeira pode ser expressa ou tácita, ou seja, derivando da autonomia privada das partes ou decorrência da lei; já a condição resolutiva sempre derivará da vontade das partes, mesmo que não seja escrita. Terra observa ainda que a cláusula resolutiva é cindível do contrato enquanto a condição resolutiva, ao contrário, é incindível da manifestação de vontade, portanto, em caso de ilicitude, ela contagia o negócio como um todo, a teor do artigo 123, incisos II e III, do Código Civil³¹⁷.

Segundo Terra, caso constatada a eclosão dos motivos que dão ensejo à cláusula resolutiva expressa ou o fato condicionante que dá causa à condição resolutiva, em ambos os casos, se cairá na ineficácia jurídica. No entanto, na cláusula resolutiva expressa há

efeito restitutivo da resolução [que] impõe aos contratantes o retorno ao *status quo ante*, exigindo, inclusive, a devolução dos frutos eventualmente percebidos independentemente da boa ou má-fé das partes, e tende a operar *inter partes* salvo se ao terceiro eventualmente atingido pelo negócio foi dado conhecer a existência da cláusula³¹⁸.

Na condição resolutiva, todavia, o efeito restitutivo dependerá da autonomia privada das partes. A rigor, o artigo 128 do Código Civil predica que, em um negócio de execução continuada ou periódica, a realização da condição não tem eficácia em relação aos atos já praticados, embora estabeleça a necessidade de compatibilidade com a natureza da condição pendente e com a boa-fé³¹⁹.

³¹⁶TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 14. Abordando essa discussão doutrinária: RÁO, Vicente. *Ato jurídico, cit.*, p. 303. Tb.: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro, cit.*, p. 97, nota 63.

³¹⁷TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa, cit.*, p. 68.

³¹⁸*Id. Ibid.*, p. 72.

³¹⁹“O advento da condição resolutiva estabelece algum efeito restitutivo, ainda que limitado, pelo qual cada parte deve devolver o que recebeu por força dos deveres prestacionais quando a causa para a permanência não mais persiste, perecendo a justificativa para a atribuição patrimonial inicialmente conferida. Este efeito restitutivo é bastante enfraquecido na condição resolutiva, na medida em que a condição não tem o condão de desfazer aquilo que já foi validamente produzido no tempo, conforme pactuado pelas partes em comum acordo. Coerentemente, o art. 128 do Código Civil prevê que a condição, se aposta em negócio de execução continuada ou periódica, ou seja, cujos efeitos se prolongam no tempo, quando realizada, não tem, em regra, eficácia quanto aos atos já praticados, ou seja, o implemento da condição resolutiva produz ordinariamente efeitos *ex nunc*.” FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Distinção entre condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: repercussões na falência e na recuperação judicial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 188, abr./jun. 2019.

A partir das considerações de Terra, pode-se concluir que a cláusula resolutiva opera dentro da discussão do cumprimento ou não da obrigação, trazendo a reboque, além da discussão sobre a simples mora ou o inadimplemento absoluto, a questão de um efeito restitutivo. A condição resolutiva, um passo para trás, elimina a discussão relativa ao cumprimento do contrato, cingindo a discussão para que se verifique se a condição aconteceu³²⁰ ou não aconteceu e, nesse caso, não existe efeito restitutivo relativamente aos frutos. Mais ainda, importante referir, reforçando a questão da automaticidade da condição, que a **cláusula resolutiva** não extingue automaticamente o contrato, “mas abre ao credor o direito de optar entre execução da prestação e a resolução”. Por outro lado, “A condição resolutória, ao contrário, não depende de nova manifestação de qualquer dos contratantes, pois extingue o contrato de modo automático, por força de lei”³²¹.

A propósito dos frutos, com base em Carlos Alberto Dabus Maluf, lembre-se de que o tema traz a reboque a discussão da retroatividade ou não dos efeitos da condição. Maluf observa que são tantas as exceções – **percepção de frutos, ato de administração, riscos** – que simplesmente é inviável alçar a retroatividade ao patamar de uma regra geral³²². Portanto, a condição em regra não possui efeito retroativo, valem, assim, os atos de administração praticados pelo devedor condicional, os frutos por ele percebidos, na pendência da condição lhe pertencem³²³.

³²⁰Do ponto de vista do direito pretoriano, isso parece ser confirmado pela inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, por exemplo, nos casos de alienação fiduciária em garantia, do Decreto-Lei 911/1969. Há tese firmada no STJ (Tema Repetitivo 722): “Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária.” Referindo diretamente à teoria do adimplemento substancial, ver também: STJ, REsp 1622555/MG, Segunda Seção, rel. Ministro Marco Buzzi, rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 22.02.2017, DJe 16.03.2017.

³²¹TJSP, Apel. Cível n. 1070595-42.2016.8.26.0100, 1ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 27.10.2020. Em ambos os trechos destacados em negrito faz-se referência a este trecho de voto convergente do Desembargador Francisco Loureiro (3º juiz), declarado em julgamento estendido: “[...] No caso concreto, o contrato não prevê condições resolutivas e nem condições suspensivas, porque o seu implemento ou frustração não extinguem automaticamente o contrato (Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. 8, p. 397). Ao contrário. O seu implemento autoriza o contratante a denunciar – resilir – o contrato, o que, rigorosamente, nada tem que ver com condição. Cláusula resolutiva expressa e condição resolutiva são institutos inconfundíveis entre si. A cláusula resolutiva expressa não extingue automaticamente o contrato, mas apenas abre ao credor o direito de optar entre execução da prestação e a resolução. A condição resolutória, ao contrário, não depende de nova manifestação de qualquer dos contratantes, pois extingue o contrato de modo automático, por força de lei (Anteo Ramella, La resolución por incumplimiento, 2ª reimpression, Ástrea, Buenos Aires, 1.979, p. 18).”

³²²MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil*: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva, *cit.*, p. 126.

³²³Vale destacar a diferenciação feita por Orlando Gomes entre retroatividade e irretroatividade, a partir da distinção das obrigações de fazer e de dar. Nas primeiras, vigora a irretroatividade; nas segundas, a retroatividade que, em verdade, constitui a tutela de interesses do credor condicional a serem temperados

Por fim, também Francisco dos Santos Amaral Neto, aponta que o “alienante sob condição suspensiva ou o adquirente sob condição resolutive não restituem os frutos percebidos, verificada a condição”³²⁴ e nem poderia ser diferente. Pensando-se unicamente a partir de uma perspectiva funcional, a força da condição reside exatamente na valência do período de pendência e, em tema de condição resolutive como garantia, que sentido teria para o devedor fiduciante, se, além de pagar o financiamento e os encargos financeiros, tivesse também contra si a devolução de eventuais frutos percebidos? Isso inviabilizaria a operação econômica enquanto tal. Além disso, criaria uma situação de contradição entre ter o direito eficaz enquanto não advém a condição resolutive e, por outro lado, ter de devolver esses frutos após o advento dessa mesma condição. Embora a retroeficácia da condição possa ser convencionada entre as partes³²⁵, considerando os contratos de adesão, essa convenção não seria possível para admitir indenização de frutos e outros efeitos retroativos, porquanto implicaria ofensa ao artigo 424 do Código Civil, eis que é da natureza da condição resolutive a percepção dos frutos por aquele contra quem a condição se dirige (o devedor fiduciante, no caso da alienação fiduciária) durante a fase de pendência.

Outro ponto, lateral para o jurista dogmático, todavia, central para o prático, é aquele da repercussão tributária, observando-se na prática uma preferência pela modalidade suspensiva, não somente pelos motivos psicológicos, como também pelo fato de que na modalidade resolutive, os encargos fiscais devem ser satisfeitos imediatamente e sem a possibilidade de os reaver³²⁶.

com os interesses de terceiros de boa-fé. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 356-357.

³²⁴AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, cit., p. 225. A respeito da discussão sobre a devolução dos frutos, ver também: GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2. ed. atual. aum. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. v. 4, t. 2, p. 599.

³²⁵MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 157-158.

³²⁶Na perspectiva do direito tributário nacional, comentando o artigo 117 do CTN, confira-se: “Na cláusula resolutive, regulada pelo art. 119 do CC [referência ao Código de 1916], ocorre o contrário. O negócio está perfeito e acabado desde o momento estabelecido pelas partes e continua vivo e válido, enquanto pendente a condição, que poderá aniquilá-lo, isto é, um acontecimento incerto, mas possível e previsto. Verificado esse evento, o ato jurídico ou negócio jurídico se extingue, com ele perecendo as obrigações e direitos entre as partes contratantes. ‘Quer dizer que surge então a ficção retroativa, em virtude da qual o contrato é considerado *ut ex tunc* como se nunca tivesse existido. Volta tudo ao antigo estado, como se a obrigação não tivesse existido.’ (Carvalho Santos, ob. cit., III, p. 66). Esse ilustre civilista recorda um Acórdão do TJ, de MG, de 26.11.1930, na RF, 56/51, que, por se ter verificado a condição resolutive na venda dum imóvel, ordenou ao Fisco a devolução do imposto de transmissão imobiliária *inter vivos* cobrado na operação. Jair Lins, na mesma RF, vol. e p. cit., criticou o julgado, mostrando que o imposto era perfeitamente exigível no caso. Depois do CTN, nem controvérsia pode existir a esse respeito: se subordinado à condição resolutive, o imposto é exigido desde a prática do ato jurídico ou desde a celebração do negócio. A cláusula resolutive é irrelevante, do ponto de vista do Direito Tributário: o fato de ela estar pendente não tolhe o Fisco de arrecadar o imposto cabível pelo ato jurídico ou pelo negócio em que aquela condição foi inserida.” BALEEIRO,

Em caso de dúvidas sobre a prevalência no momento da interpretação, há diferentes respostas. Alguns estudiosos optam por qualificar a condição como resolutiva, pelo bem da prevalência do negócio jurídico³²⁷. De acordo com Nehemias Gueiros, uma razão para quem, em caso de dúvida, postula a prevalência da condição resolutiva, eis que

as obrigações se devem presumir puras, até prova em contrário, e, do mesmo passo, todos os actos se devem entender como produzindo, normalmente, efeitos imediatos, é claro que se não há de aceitar a condição suspensiva como regra, seja ella, embora, a mais frequente na prática quotidiana dos negócios jurídicos³²⁸.

Apesar disso, as soluções apriorísticas à força de presunções, além de limitantes, são, em tema de Direito Brasileiro, *contra legem*, pois, o artigo 112 do Código Civil (dispositivo cujo valor metodológico ainda possui um interessante campo de pesquisa a desbatar) estabelece muito claramente que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Com certeza, a **intenção nelas consubstanciada** não pode partir de uma presunção, mas do contexto concreto do negócio. Perquirir a intenção é muito diferente de partir de soluções pré-estabelecidas e, ainda que se presuma uma coisa ou outra, essa presunção deve partir do contexto da causa, dos elementos concretos devidamente sopesados pelo operador do direito.

Enfim, a razão parece assistir a Martins-Costa, que também contraria soluções pré-estabelecidas, afirmando que

a questão deve, em primeiro lugar, tentar ser resolvida por interpretação. Se esse recurso não for suficiente, razoável proceder à presunção de modo que se considere resolutiva, caso a execução do contrato já tenha sido iniciada; suspensiva se a execução não tiver ainda ocorrido³²⁹.

Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 713-714. Esclarecemos entre colchetes. Alertando para a questão tributária, ver também: VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, cit., p. 52.

³²⁷AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 175-176.

³²⁸GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil*, cit., p. 80-81.

³²⁹MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 61. Nesse sentido, a partir da análise de execução ou não do contrato: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, cit., 1974, v. 2, p. 367. Essa solução também é apoiada por Giorgi, que conclui: “[...] hay que persuadirse de que no se puede acariciar mucho la idea de encontrar el criterio seguro e infalible para resolver la dificultad, pues se trata de una cuestión de interpretación que depende más del buen sentido del juez que de las reglas de los doctores.” GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el derecho moderno*. Trad. de la séptima edición italiana. Madrid: Editorial Reus, 1930. v. 4, p. 327-328. Ver tb.: TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*, cit., v. 3, p. 247.

Ora, aí sim, haverá o comportamento das partes gerando efeitos, tornando bastante razoável a opção por essa solução.

Também é avessa a presunção à própria presença da condição, uma vez que, se a parte interessada não prova sua existência, não há que falar em condição presumida, o que é diferente de condição tácita, pois esta última resulta inequivocadamente da declaração de vontade³³⁰.

Discutida a divisão central a respeito da condição, passa-se às demais. Se a primeira classificação (condição suspensiva e resolutiva) é definida pelo modo de atuação, a segunda é definida pelo grau de interferência dos contraentes no fato condicionante, entre condição casual e condição potestativa. Existe ainda doutrina clássica afirmando um *tertium genus*, a condição mista.

A respeito do tema, vale definir: (i) condição casual, aquela em que não há qualquer influência das partes no fato condicionante; de acordo com Zeno Veloso, “na condição casual existe incerteza para ambas as partes”³³¹ e “o fato previsto não está sob o poder de uma delas”³³², essa, a rigor, a verdadeira condição; (ii) condição potestativa em que há influência direta de uma das partes no acontecimento do fato condicionante. Existe uma importante subdivisão aqui, entre condição **puramente** potestativa e condição **simplesmente** potestativa. A seguir, analisa-se a distinção entre a potestatividade vedada e a permitida.

Na condição **puramente** potestativa, há um puro querer da parte que influi integralmente na condição, logo, a rigor, existe uma contradição com a vontade de obrigar-se, inerente ao negócio jurídico. De acordo com Basileu Ribeiro Filho, “o ‘*si volam*’ do devedor é tão incompatível com a seriedade das declarações de vontade que é raro encontrá-lo em casos concretos, e quando isso se dá, a inexistência do ato jurídico é tão evidente que torna dispensável qualquer referência da lei, a respeito”³³³.

³³⁰Afirmando a possibilidade da condição tácita: RÁO, Vicente. *Ato jurídico, cit.*, p. 303. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 163. BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. p. 232. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil, cit.*, v. 4, t. 2, p. 585. Sobre Gonçalves, nota-se uma confusão entre condição tácita e *condictio iuris*, o autor equipara a condição tácita àquelas que a lei pressupõe e não apenas às que resultam do conjunto do contrato.

³³¹VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 25.

³³²*Id. Ibid.*, p. 25. Ver também: “[...] são casuais, porque constituem acontecimento estranho à vontade das partes, ou do manifestante da vontade, e.g., nas doações mortis causa, a sobrevivência do donatário.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 154.

³³³RIBEIRO FILHO, Basileu. *Condição potestativa pura e indeterminação da prestação, cit.*, p. 6. Ferindo o ponto, confira-se também: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p.71. Ainda, nessa mesma linha, afirmando que se o fato pendente é a própria

O mesmo não ocorre na condição **simplesmente** potestativa. O grau de influência da vontade de uma das partes, embora existente, não é total. Existe ainda uma variável futura e incerta exatamente fora do controle da parte. É claro que existe um puro querer, mas não apenas isso. A concorrência de um elemento externo futuro e incerto legitima a condição-cláusula, como se pode constatar nesse exemplo de jurisprudência do TJSP: (i) credor e devedor firmaram termo de acordo, com confissão de dívida de valor; (ii) no entanto, o pagamento ficou condicionado à venda de uma das duas propriedades do devedor; (iii) quando da ação de cobrança, entendeu a sentença pela prescrição da dívida (art. 206, §5º, I, do CPC), inclusive com o argumento de que a cláusula condicional estipulava que “o autor aguardaria a venda de um dos imóveis indicados não pode ser considerada condição válida, já que se trataria de condição puramente potestativa, vedada pelo art. 122 do Código Civil”.

Em grau de recurso, porém, o TJSP entendeu que a condição em tela não era **puramente** potestativa, mas **simplesmente** potestativa, pelo que foi reformada a referida sentença; e, como na pendência de condição não flui o prazo prescricional, a ação de cobrança foi julgada procedente³³⁴.

Com efeito, de uma perspectiva prática, a decisão não merece qualquer reparo. A condição em jogo não era mesmo de mero arbítrio (*si voluero*). No entanto, de uma perspectiva classificatória, existe um equívoco que rende ensejo para debater a denominada condição mista.

As condições mistas, segundo Vicente Ráo, são aquelas em que o fato condicionante depende em parte da vontade do contraente e, em parte, da vontade de terceiro³³⁵. Sobre esse ponto, Carlos Alberto Dabus Maluf destaca que “é mista a condição quando depende da vontade de uma das partes, mas igualmente da vontade de um terceiro determinado”³³⁶.

determinação volitiva, negando a vontade inicial, pois ela representa um obstáculo ao aparecimento do negócio, portanto, a sua existência, veja-se: RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas-SP: Bookseller, 1999. v. 1, p. 370.

³³⁴ACÇÃO DE COBRANÇA. DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL, EM VIRTUDE DO MAGISTRADO A QUO CONSIDERÁ-LA PURAMENTE POTESTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. TRATA-SE DE CLÁUSULA SIMPLEMENTE POTESTATIVA, POIS NÃO DEPENDE APENAS DA VONTADE DE UM DOS CONTRATANTES, MAS, TAMBÉM DE UM FATOR EXTERNO. PRESCRIÇÃO DECRETAVA. ABERTURA DO PRAZO PRESCRICIONAL NA DATA DA ASSINATURA DO PACTO. INADMISSIBILIDADE. CLÁUSULA SUSPENSIVA VÁLIDA. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL CONTADO A PARTIR DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DISPOSTA NA REFERIDA CLÁUSULA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. TJSP, Apel. Cível n. 1000109-76.2014.8.26.0011, 15ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Coelho Mendes, j. 26.04.2015.

³³⁵RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, cit., p. 325.

³³⁶MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive*, cit., p. 66. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil: notions générales*. 5. ed. Paris: A. Pedone, Éditeur, 1927. p. 342.

No entanto, existem críticos a essa terceira espécie, uma vez que se trataria de uma sutileza sem repercussão prática, veja-se Afonso:

O conceito de condição mista, como uma terceira espécie de condição sob a perspectiva da influência da vontade do sujeito na ocorrência do evento condicionante, tem sido, todavia, criticado, e sugerido o seu abandono pela inutilidade da sutileza distintiva. Com efeito, se a admissibilidade da condição potestativa é feita a depender da concorrência de um elemento estranho à vontade do devedor, fica praticamente diluída a diferença entre a condição potestativa admissível e a condição mista. Segundo este critério da influência da vontade do sujeito, afigura-se-nos que a classificação bipartida das condições em causais e potestativas é suficiente para abarcar a realidade a classificar: quando o evento condicionante escapa à influência do querer de um dos sujeitos do negócio, a condição é causal; na hipótese de aquele cair sob influência da vontade deste há que determinar os limites da respetiva admissibilidade, inquirindo se o evento condicionante corresponde a um exercício arbitrário da vontade, ou se, com esta, concorrem eventos estranhos à mesma³³⁷.

Com efeito, a avaliação da licitude ou não da condição-cláusula em que há algum grau de potestatividade não depende dessa última espécie para definição de regime jurídico, logo, é especiosa.

Resumindo, a condição **puramente** potestativa depende única e exclusivamente do querer de uma das partes, o que é uma contradição com o desejo de vincular-se, tornando, em rigor, desacreditada a manifestação de vontade; a condição **simplesmente** potestativa depende da vontade de uma das partes e, além disso, de um fato futuro e incerto; a condição **mista** depende, em concorrência, da vontade de uma das partes e da vontade de um terceiro determinado. Apenas a primeira é vedada pelo ordenamento jurídico. O que, talvez importe e não é abordado pela doutrina, é que na condição válida em que há algum grau de potestatividade ganha importância a análise da possível incidência do artigo 129, do Código Civil, relativa à interferência maliciosa na realização ou não da condição, conforme se verá.

Assim, a boa-fé objetiva nessa pendência será bastante mais exigente do que aquela já incidente na pendência da condição de modo geral. Até pela constatação óbvia de que onde há mais poder, há mais possibilidade de abuso do seu exercício, seja por exceder os limites de sua função econômica ou social, seja por ofender a boa-fé e os bons costumes (art. 187, do Código Civil).

As demais classificações de interesse são a da condição positiva e negativa, divisão que bem demonstra que o fato condicionante pode ser um fato positivo ou negativo, a

³³⁷AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 185. Também criticando a condição mista: GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, cit., v. 4, p. 316. Orlando Gomes também parece ser partidário da divisão em duas espécies: “Condição mista é a que depende, ao mesmo tempo, da vontade de uma das partes e do acaso ou da vontade de terceiro.” GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 352.

depende do interesse das partes³³⁸; a da condição lícita e ilícita, divisão conatural à própria necessidade de separar as fronteiras do permitido e do proibido, aquilo que o direito positivo aceita ou não como fato condicionante; e, por fim, a condição física ou juridicamente impossível, referida no nosso Código Civil como fundamento da invalidade em certos casos (art. 123, I).

Sobre as condições lícitas e ilícitas, há uma distinção importante a fazer: uma coisa é a condição ilícita, outra, a condição de fazer ou não fazer coisa ilícita. A condição de não fazer coisa ilícita não pode ser reputada viciada, exatamente porque se trata de um incentivo à licitude. Veja-se a seguinte disposição: “Te darei um carro em doação, se não vender entorpecentes na faculdade que frequentas.” A cláusula não pode ser inválida, porquanto força a licitude. A esse respeito, Zeno Veloso explicita, com razão, que é preciso analisar o contexto para inquirir de inválida uma **condição** restritiva da liberdade individual, desse modo, pode ou não ser inválida a condição que tenha como fato condicionante um ilícito. A observação de Veloso é bastante razoável, pois, se a condição-cláusula longe de representar um estímulo, representa um **contraestímulo** à prática do ato ilícito, não pode ser tida por nula. Assim, a cláusula “dou-te em doação o prédio X, mas a doação ficará sem efeito se praticares tal ato ilícito” é válida³³⁹.

Nesse ponto, também encarecendo o potencial indutor que o mecanismo condicional possui, destaque-se a condição captatória que, de acordo com Roberto de Ruggiero, trata-se daquela pela qual pretende-se fazer com que alguém disponha dessa ou daquela maneira, em disposições de última vontade³⁴⁰. É o que consta do artigo 1.900, inciso I, do Código Civil, que prevê ser nula a disposição “que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento em benefício do testador, ou de terceiro”.

Diante do exposto, percebe-se que o problema das condições em disposições testamentárias é bastante mais complexo e demandaria estudo fora do escopo da presente investigação³⁴¹.

³³⁸GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil, cit.*, p. 28.

³³⁹VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 43.

³⁴⁰RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil, cit.*, v. 1, p. 377. Ainda a respeito da condição captatória: “Qualificada pela palavra latina *captare*, que significa ambicionar, esta condição é aquela que se funda na ambição e no desejo de usufruir vantagem, por meio da captação da vontade de outrem, de modo artificioso e fraudulento, por parte de quem a institui.” RUGGIERO, Roberto de. *Condição captatória*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 375.

³⁴¹Aprofundando essa discussão, com diversos exemplos de condições ilícitas aponíveis em disposição testamentária, veja-se: MAZZA, Giacomo. *Sulla teorica delle condizioni illecite nei testamenti*. Torino: Fratelli Bocca, Editori, 1899. Ainda, tratando do que seja bom costume para fins de apurar a moralidade ou não da condição, veja-se: “*Il concetto del buon costume così inteso è magistralmente delineato dal nostro insigne Pescatore. ‘Buon costume, egli dice, significa senso morale e civile comune, considerato nelle sue*

Tratando agora da condição impossível, existe uma doutrina vetusta que a equipara à condição imoral, como o trabalho de Giacomo Mazza. O autor afirma que a condição impossível é parificada à condição imoral. A razão da equiparação é simples: a condição imoral é impossível para o homem honesto, para quem o obstáculo moral é tão significativo quanto os obstáculos jurídico ou físico, pelo que considera a condição imoral como impossível³⁴². Obviamente, se existe essa aproximação, ela trata da impossibilidade jurídica, uma vez que o ato imoral será também contrário aos bons costumes e ao senso jurídico vigente³⁴³. A avaliação da impossibilidade jurídica tem algo de contextual, seu uso se dá mais para justificar uma inadequação da cláusula condicional à espécie em que aposta. Confira-se no exemplo abaixo, em que, em um contrato de promessa de compra e venda, entendeu-se o seguinte:

Não se pode entender que a conclusão do negócio ficou dependente de quitação da hipoteca por terceira, condição que pode não vir a suceder e que não é dependente da vontade das partes. Trata-se de condição juridicamente impossível, porque, se não realizada, afasta a obrigação de ré (*sic*) de satisfazer sua obrigação de entregar ao autor o imóvel livre e desembaraçado de ônus. Ora, ninguém adquire imóvel para perdê-lo eventualmente em execução de hipoteca, a não ser que a circunstância tenha sido considerada para fim de estipulação do preço, passando o comprador a assumir o risco antes suportado pelo vendedor. A ré, ao prometer a cessão dos direitos do imóvel, assumiu claramente o dever de entregá-lo sem ônus. Ao ajuizar esta ação, o autor, depois de notificar a ré, exigiu apenas que ela cumprisse sua obrigação contratual, sob pena de não o fazendo arcar com a indenização devida³⁴⁴.

Segundo se depreende da leitura do trecho, o promitente vendedor já tinha adquirido o imóvel com hipoteca garantindo um crédito que lhe era alheio, instituída por terceiro anterior à sua aquisição. Daí, entendeu o tribunal que clausular com condição suspensiva a

applicazioni alla pratica della vita civile secondo i principii dell'epoca in cui si vive; ciò che comprende non solo i precetti assoluti e immutabili della legge morale, ma ancora i buoni costumi civili che sono quelli i quali esprimono essenzialmente la civiltà di un'epoca, e che non si possono contraddire pubblicamente senza incorrere l'animavversione e la derisione generale. ' Di guisa che egli trova contraria al buon costume una condizione: 1° si repugna ad un precetto assoluto della lege morale; 2° se repugna al senso morale comune (publicae honestati); 3° se urta il senso comune civile.' MAZZA, Giacomo. Sulla teorica delle condizioni illecite nei testamenti, cit., p. 20-21.

³⁴²*Id. Ibid.*, p. 14. A esse respeito, Amaral Neto afirma que: “As condições ilícitas e as torpes (*contra bonos mores*), o direito clássico considerava-as nulas, e o direito justiniânico igualava-as às impossíveis.” AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, cit., p. 113.

³⁴³“A condição juridicamente impossível é aquela que colide com um obstáculo legal e permanente, ou então, fere a moral e os bons costumes.” MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil*: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva, cit., p. 69.

³⁴⁴Veja-se a ementa do acórdão: “Imóvel – Promessa de compra e venda – Bem onerado com hipoteca constituída por terceira – Impossibilidade de a promitente cumprir a obrigação de desonerá-lo – Nulidade de disposição que submete esse dever a ato de terceira – Indenização deferida – Rescisão contratual dela decorrente, embora não pedida expressamente – Interesse de agir presente – Denúnciação da lide bem indeferida – Ação procedente com acolhimento do pedido subsidiário de indenizar – Apelação não provida.” TJSP, Apel. Cível n. 274.045-4/4, 10ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Maurício Vidigal, j. 18.02.2003.

promessa de venda e compra, tendo como fato futuro e incerto a quitação de terceiro, era juridicamente impossível, porém, como se nota, trata-se mais de uma avaliação moral e, principalmente, de equilíbrio do contrato, do que de uma impossibilidade jurídica em senso estrito.

Outro exemplo interessante é dado por precedente do ministro Barros Monteiro, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo histórico implicava interpretar a seguinte cláusula, acessível porquanto reproduzida no voto condutor:

A beneficiária da presente fiança deverá requisitar ao fiador a honra da mesma, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), após o vencimento da comunicação por escrito, sob pena de ficar o fiador, a partir de então, desobrigado do pagamento de qualquer importância afiançada, ainda que o não cumprimento das obrigações tenha ocorrido no prazo desta fiança³⁴⁵.

A discussão girava em torno de qualificar a condição como puramente potestativa e impossível. Para o primeiro argumento, o relator entendeu que tal qualificação não era aplicável, todavia, acolheu o segundo fundamento, nos termos do seguinte trecho de voto:

O Tribunal de origem reputou nula o (*sic*) indigitado (*sic*) item contratual por duas ordens de razões: a) ser ela puramente potestativa; b) a sua observância implicaria em anular o próprio contrato, tendo em vista a complexidade do aparelho burocrático que envolve a movimentação bancária: seria impossível que o beneficiário da fiança, como avalista da avença principal, pudesse saber não ter sido honrada a operação internacional no prazo estipulado e, ainda, comunicar-se com o fiador no exíguo prazo de 48 horas (fls. 46).

Dúvida há realmente quanto a tratar-se aí de uma condição puramente potestativa. Entretanto, o segundo fundamento expandido pelo V. Acórdão, a meu ver, é de inteira procedência. Exigir-se do beneficiário da fiança que, no prazo de 48 horas após o vencimento da obrigação principal, viesse a comunicar o fato ao banco fiador – equivale a anular os efeitos do contrato. Trata-se aí de condição fisicamente impossível, pois ela não pode, pela própria natureza das coisas, verificar-se (cfr. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 356. 18 ed.).

Aqui, trata-se de julgado do ano 2000. Talvez, se fosse apreciado em 2020, teria sido outro o desfecho a propósito da impossibilidade física³⁴⁶. Logo, veja-se que há matéria de prova, e a impossibilidade física pode, nas lides forenses, pautar-se em casos mais complexos do que os exemplos corriqueiramente apontados pela doutrina, tal como o clássico “dar-te ei 100 se tocares o céu com o dedo (*si digito coelum tetigeris*)”³⁴⁷, em que

³⁴⁵STJ, AgRg no Ag n. 213.602/RJ, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.06.2000, DJ. 21.08.2000.

³⁴⁶“O conceito de condição impossível é, como todos os conceitos jurídicos, fundamentalmente teleológico [teleológico] e prático; não é preciso que o evento previsto seja contrário às leis eternas da lógica ou da natureza, basta que seja irrealizável no momento previsto.” MENDES, João de Castro. *Condição necessária, impossível e indeterminável. Direito e Justiça*, v. 1, n. 1, p. 65, jan. 1980. Esclarecemos entre colchetes.

³⁴⁷MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive, cit.*, p. 68. Tb.: VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 30. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro, cit.*, v. 2, p. 297. CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des*

está em jogo mais a seriedade da declaração do que qualquer outra coisa. A rigor, a condição flagrantemente impossível, não é sequer condição, já que lhe falta a incerteza inerente à figura. Assim como na condição puramente potestativa (*si voluero*), alçar a fato condicionante algo sabidamente impossível, com efeito, contradiz a própria vontade de se obrigar.

Fechando esse tópico, vale trazer interessante caso reportado por Carlos Alberto Dabus Maluf, demonstrando que a avaliação da imoralidade da condição não é cartesiana e, como tudo, vem embebida do espírito da época, com o estágio de evolução cultural da sociedade sempre permeando a discussão:

Nos Estados Unidos, um caso suscitou veemente discussão nos jornais e revistas da época. O coronel Astor, que pereceu no naufrágio do ‘Titanic’, tinha deixado 25 milhões de dólares à esposa, de 19 anos apenas, com a condição de permanecer viúva. O *Journal* de Nova York exclamou: ‘A senhora Astor e todas as jovens viúvas deveriam libertar-se da autoridade absurda, humilhante e imoral de um morto que declara em seu testamento: bem-estar e riquezas enquanto passardes o tempo a corar a minha memória; nada, se viverdes felizes, como aliás é o vosso direito!’ O *New York Press*, de seu lado, observou que muito bem fizera o marido, protegendo a viúva de ouro contra as tentações e insídias dos caçadores de dote. A Suprema Corte Americana reconheceu validade à condição³⁴⁸.

A avaliação da imoralidade, sempre conforme o momento histórico, depende da tricotomia fato, valor e norma e, visivelmente, contém alto impacto prático.

4 Condição nos direitos Romano e Medieval

Avançando para os itens históricos, o Direito romano abordou o conceito da condição, definindo-o de uma maneira mais simples, como o acontecimento futuro e incerto de que depende a existência ou a extinção dos efeitos do negócio. O Direito Romano não contemplava planos de negócio jurídico, portanto, a condição atuava no plano da existência, não no da eficácia.

romains. Paris: Librairie Plon, 1917. p. 394. A análise da impossibilidade mostra que sempre haverá hipóteses passíveis de juízo de ponderação, veja-se: “No caso inverso, a condição impossível, mas susceptível de tornar-se possível, considera-se como verdadeira e eficaz. É, porém, preciso que esta possibilidade emane de um acontecimento ordinário e verossímil.” RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 423. Em um processo, definir o que é ordinário e verossímil é matéria de provas; enquanto não provada a impossibilidade, vale o regime da fase de pendência do Código Civil.

³⁴⁸MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva*, cit., p. 76. O autor menciona um exemplo dado por Eduardo Espínola, conforme esclarece em nota 114.

Contudo, conforme Édouard Cuq, tal afirmação deve ser recebida com certa reserva, porque havia sim uma dissensão importante na doutrina, no que respeita à pendência da condição suspensiva, entre aqueles que tomavam o contrato por inexistente, enquanto a condição não se cumprisse, e aqueles que o tomavam por imperfeito, inacabado, sendo que o cumprimento da condição o aperfeiçoaria de modo definitivo. Em suma, para alguns estudiosos, a condição pendente suspendia o nascimento do contrato, para outros, suspendia apenas sua perfeição³⁴⁹.

Talvez aqui tenhamos um vislumbre do aperfeiçoamento de uma ideia de processo de formação, uma formação fásica do negócio enquanto produto final, que pode acontecer em um instante ou *in fieri*.

Tratando especificamente da fase de pendência, dois aportes doutrinários devem ser feitos, o primeiro, a partir de João de Oliveira Geraldês sobre o entendimento romano a respeito da expectativa jurídica: “no direito romano, não existia uma dogmática do direito eventual ou da expectativa, uma vez que os juriconsultos se afastaram de procedimentos metodológicos conducentes a generalizações e abstrações [...]”³⁵⁰. A expressão *pendere*, portanto, implicava situações indefinidas e em desenvolvimento, remetia à ideia de instabilidade, e esse caráter genérico da expressão “adaptava-se à polifuncionalidade de diversas factispécies condicionais”³⁵¹.

Doutro bordo, Menezes Cordeiro aponta duas formas de tratar o tráfego negocial de coisas futuras, a primeira, a partir dos fatos futuros previsíveis e “que as partes podem dar como certos” e, a segunda, denominada “*alea*” ou “*casus*” conglobando eventualidades de verificação incerta³⁵². Com base em Félix Senn, Menezes Cordeiro afirma ainda que, para as eventualidades não havia proteção, a não ser em casos excepcionais³⁵³. A respeito, cumpre

³⁴⁹CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*, cit., p. 396. Como justificativa, tem-se que a ineficácia, tida por nulidade, dos negócios jurídicos pouco se desenvolveu na Roma antiga, inclusive por falta de uma terminologia precisa. KASER, Max. *Derecho romano privado*, cit., p. 55.

³⁵⁰GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, cit., p. 269.

³⁵¹*Id. Ibid.*, p. 269.

³⁵²MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 618. A divisão entre “*futurum*” e “*alea*” a primeira derivada de um futuro certo, predeterminado, mas apenas desconhecido e a segunda como margem de incerteza, derivava da própria concepção de destino, mais filosófica do que jurídica. A *álea* era uma ruptura do padrão que era o de um futuro certo embora desconhecido: “*Ainsi, le princeps, c’est que l’avenir, futurum, ce qui doit être, est certain; à l’égard des événements futurs, il peut y avoir seulement inscientia, ignorance des hommes. A côté du princeps rigoureux, une marge, du reste peu étendue, laissée à l’incertitude, à savoir l’alea, le coup de dés, le casus, le hasard.*” SENN, Félix. *La notion romaine d’avenir et ses applications dans le domaine du droit. Revue Historique de Droit Français et Étranger*, v. 33, p. 167, 1956.

³⁵³MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 619, nota 2047.

dizer que a *emptio spei* era excepcional, não compreendida como a compra e venda de coisa futura, mas como a compra de uma esperança, mostrando-se o antecedente histórico do contrato aleatório, tal como hoje se conhece, com a distinção *emptio spei* (venda de esperança) e *emptio rei speratae* (venda de coisa esperada); na primeira, o risco está na coisa em si, com álea em grau máximo; na segunda, o risco está na quantidade³⁵⁴.

Destarte, conforme a boa doutrina, o pensamento vigente à época compreendia o tema dentro da sua concepção de mundo, o devir certo e previsível *futurum* como padrão e o devir incerto e, portanto, imprevisível, “*alea*” ou “*casus*” como, excepcional. Interessante refletir a respeito, considerando que, até hoje, o risco anormal deve ser expressamente assumido. Tanto isso é verdade, que os remanescentes históricos da *emptio spei* e da *emptio rei speratae* possuem dispositivos expressos, apartados (artigos 458 e 459 do Código Civil), a demonstrar que a regra é a comutatividade que se baseia em um câmbio normal de expectativas entre as partes³⁵⁵.

Ainda sobre a concepção romana de condição, cumpre anotar que a hoje consagrada distinção entre condições suspensiva e resolutiva não era conhecida, porquanto para o romano era um contrassenso que o negócio tivesse em si o germe de sua própria destruição, como na condição resolutiva³⁵⁶. Assim, para dar coerência ao raciocínio, entendia-se que, ao invés de um único negócio, havia duas declarações de vontade distintas: “uma pura, não condicionada, e a outra, acessória, subordinada a condição suspensiva de extinção dos efeitos da declaração de vontade principal”³⁵⁷. Desenvolvendo o ponto, Dilson Jatahy Fonseca Neto, explica:

A condição resolutiva, por outro lado, finda o negócio já eficaz quando observado o fato condicionante. Esta noção de que uma obrigação surgisse e, posteriormente, deixasse de existir era estranha aos juristas arcaicos, devido ao seu pensamento

³⁵⁴GOMES, Orlando. *Contratos*. 20. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 231.

³⁵⁵Ferindo o ponto, ao tratar da *emptio spei* e afirmando tratar-se de operação diferente da venda de coisa futura propriamente dita, cujo padrão é a certeza, a previsibilidade: “*Nous sommes ici loin du domaine de la vente de choses futures. Quand nous parlions de vente de choses futures, nous ne faisons que constater, dans le monde romain, l'application, à cette vente, de la notion d'avenir, du futur certain. Ici nous parlons de tout autre chose. [...] Ici nous voisinons avec l'hypothèse du coup de dés, de l'alea. Nous nous trouvons dans le domaine du casus, du hasard. Ici rien de futur, rien de certain quant à l'objet de la vente, quant à la chose. En fin d'opération – comme dans les loteries de nos foires – on obtiendra quelque chose ou l'on n'obtiendra rien; on ne le sait; on tente la chance: c'est le coup de dés; la vente est donc sans chose, la venditio est sine re.*” SENN, Félix. La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit, *cit.*, p. 171.

³⁵⁶MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva*, *cit.*, p. 94. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, *cit.*, v. 1, p. 368-369, nota 70. Afirmando de maneira radical a condição suspensiva como única verdadeira condição: “*La division principale des conditions em droit moderne est cell des conditions suspensives et des conditions résolutives. Cette division a été pendant longtemps étrangère aux Romains. Il importe d'ailleurs de ne pas se méprendre sur sa signification: en réalité, toute condition est suspensive. Quand on oppose la condition suspensive à la condition résolutoire, on entend distinguer la condition qui suspend la perfection d'un contrat et celle qui suspend l'extinction d'une obligation.*” CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*, *cit.*, p. 395.

³⁵⁷AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, *cit.*, p. 42.

formalista. No período clássico, entretanto, a noção já existia, ainda que não se lhe desse nome.

[...]

A condição resolutiva no sistema romano era, na verdade, uma construção interessante. Usualmente, tratava-se de um negócio puro e perfeito, ao qual se acrescentava um pacto ou estipulação. Por meio deste, determinava-se que o negócio principal poderia ser resolvido caso se observasse um evento condicionante. Assim, esclarecedora a frase de Ulpiano: *'pura emptio est, sed sub condicione resolvitur.'*³⁵⁸

Explicando o trecho de Ulpiano, Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes observa que

A frase que tem provocado a recente divergência entre romanistas é *'pura emptio, quae sub condicione resolvitur'* ('compra pura, que se resolve sob condição'). Segundo a doutrina tradicional, os romanos, no período clássico, concebiam a condição, em regra, na sua feição suspensiva porque resistiam a qualquer relação jurídica que fosse constituída somente por um determinado prazo (aliás, em função disso, não se podia falar, nesse período, de propriedade resolúvel).

No final do período clássico, porém, começaram a aceitar uma construção singular (muito reproduzida em fragmentos que tratam da *in diem addictio* e já referida acima): ao negócio *purum* era acrescentado um pacto de resolução suspensivamente condicionado. Com isso, conseguiam um efeito muito similar ao que atualmente se chama de condição resolutiva. O problema se reduz, então, a saber se essa construção indicava um negócio jurídico condicional ou se, na verdade, havia dois negócios jurídicos (um não-condicional, outro condicional). [...] Em síntese, é muito provável que *condicio*, no linguajar corrente, indicasse as duas construções já no período clássico (no sentido técnico indica somente a condição suspensiva). Nesta direção, é muito sugestivo o fato de que o termo podia ser sinônimo de *pactum adiectum* ou *lex dicta*³⁵⁹.

A respeito da condição no medievo, Carlos Alberto Dabus Maluf afirma que

na Idade Média o estudo das condições passou por uma primeira sistematização teórica, principalmente por obra dos glosadores, que reelaboraram todos os pontos esparsos da compilação justinianeia, sobretudo nas condições de última vontade, e na parte das obrigações³⁶⁰.

³⁵⁸FONSECA NETO, Dilson Jatahy. *Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 46-47. Sobre o tema vale trazer a seguinte citação: “È già stato accenato che l’insegnamento tradizionale vorrebbe la condizione sospensiva come l’unica, tra i due tipi di condiciones indicati nel titolo di questo paragrafo, ad essere stata tecnicamente riconosciuta dalla giurisprudenza romana. Tale interpretazione, probabilmente, ha trovato un grosso appiglio in quei testi – fra i quali si annoverano anche quelli sopra esaminati – che sembrano aver qualificato, in qualche modo, la condizione risolutiva come patto aggiunto o addirittura come negozio ulteriore rispetto a quello da condizionare. Anche quest’insegnamento, tuttavia, si fonda su di una pretesa consapevolezza di un solo concetto tecnico-strutturale di *condicio*, che – a mio avviso – non può essere dedotta dalle fonti.” BANDIERAMONTE, Carlotta. *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritti Umani, Teoria, Storia e Prassi – XXX Ciclo) - Università degli Studi di Napoli Federico II – Dipartimento di Giurisprudenza, Napoli, 2017. p. 24. Disponível em: http://www.fedoa.unina.it/12012/1/Carlotta_Bandieramonte_30.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.

³⁵⁹MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. *Pacto de melhor comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual, cit.*, p. 78-80.

³⁶⁰MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva, cit.*, p. 29.

Ainda com base em Carlos Alberto Dabus Maluf, observa-se que a atenção dos glosadores e dos comentadores dirigiu-se, então, para a condição impossível³⁶¹.

O debate a propósito da condição impossível nas disposições de última vontade, já vinha de longa discussão entre proculeanos e sabinianos, considerada uma querela doutrinária importante e, diga-se, não isenta de efeitos práticos, uma vez que, para os **proculeanos**, a condição impossível em testamento, tanto quanto nos contratos em geral, era causa de anulação; enquanto, para os **sabinianos**, essas condições impossíveis eram consideradas não escritas, ficando válido o testamento. Essa última posição foi a que prevaleceu na compilação de Justiniano³⁶².

A intuição de que nas disposições de última vontade acresce de importância a tentativa de preservar o negócio enquanto declaração de vontade irrepetível, que é*, parece que sempre permeou o debate. Tal é a base empírica do princípio de preservação da vontade do testador³⁶³. Ademais, sobre o período intermédio³⁶⁴, Ana Isabel Afonso afirma que, foi nessa época que a condição foi, pela primeira vez, qualificada como acidental e extrínseca, características que usualmente lhes são atribuídas, fruto da doutrina dos *essentialia*³⁶⁵.

³⁶¹MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive*, cit., p. 29.

³⁶²*Id. Ibid.*, p. 25. RAO, Vicente. *Ato jurídico*, cit., p. 309. Sobre o tema, confira-se: “*Verdaderamente tal regla natural existe para los contratos. La condicion imposible les quita todo efecto, sin distinguir entre las estipulaciones y los contratos consensuales. Pero hay para las disposiciones testamentarias una regla diferente. Los proculeyanos querian que se aplicasse le principio general; los sabinianos, por el contrario, consideraban la condicion como no escrita, lo cual transformaba la disposicion testamentaria en una disposicion pura y simple. La doctrina de los últimos fué adoptada por el derecho justinianeo y, sin duda, despues que ya de largo tiempo atrás había merecido preferencia en la práctica.*” SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. del Alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1879. t. 2, p. 256-257.

³⁶³Apoiando essa conclusão: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico*, em especial negócio jurídico, cit., 1974, v. 2, p. 373.

³⁶⁴Sobre a precisão temporal do período: “O período que, na ciência do direito, costuma ser designado pela expressão intermédio é aquele compreendido entre a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e as codificações do século XIX, abrangendo, por isso, largos séculos que, na divisão história (sic) clássica, abarcariam a totalidade das Idades Média (até 1453) e Moderna (até 1789).” TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020. p. 61-62. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/48487>. Acesso em: 17 set. 2022. Desborda da presente tese investigação histórica dessa magnitude.

³⁶⁵“Terá sido no período de Direito Intermédio que a condição aparece pela primeira vez identificada com as características de acidental e extrínseca que habitualmente lhe são atribuídas, sendo classificada entre os *accidentalia* do negócio jurídico por contraposição aos *essentialia*. Na elaboração do período, a condição surge, a par do termo e do modo, como um elemento acessório e acidental, que as partes podem acrescentar ao conteúdo do negócio, mas que não contende com a validade ou com a qualificação deste. Cabe a LEIBNIZ um dos mais importantes estudos lógicos e sistematizados sobre a condição, filosoficamente fundamentado, que teve uma influência determinante sobre os trabalhos posteriormente devotados a este mesmo tema. A elaboração teórica dos glosadores e dos comentadores não formulou uma verdadeira teoria unitária da condição, embora tivesse já feito da matéria uma primeira sistematização baseada no Direito comum romano-canónico.” AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 48-49.

5 Condição no Direito Luso-Brasileiro

Estudiosos do Direito Luso-Brasileiro reconhecem a importância que os textos das “Ordenações” do Reino de Portugal tiveram para o Direito Brasileiro, porquanto constituíam fonte primária até a edição do Código Civil de 1916. A esse respeito, inclusive, Orlando Gomes afirma que as “Ordenações” influíram muito mais no Brasil do que em Portugal, este último já influenciado pelo progressismo liberal. A tradição portuguesa foi muito mais respeitada no Brasil, espelhada, inclusive no Código Civil brasileiro de então³⁶⁶.

A respeito da visualização corrente à época do Direito Luso-Brasileiro do fenômeno condicional, tinha-se que os efeitos naturais do ato jurídico eram aqueles que sobreviessem, ainda que não fossem declarados. Isso posto, o papel das cláusulas acidentais era o de colocar a relação obrigacional sob **modalidade**, “isto é, ao modo e condições com que deve ser satisfeita a obrigação”³⁶⁷. Para a compra e venda condicional, destacava-se o regime de risco de perecimento da coisa, valendo a regra de que, sendo a condição suspensiva, o risco de perecimento corria por conta do vendedor e, se resolutiva, por conta do comprador³⁶⁸.

Aqui vale observar que quando se discute a distribuição de riscos em venda condicional, discute-se também o período de pendência, porquanto sempre há o risco evidente de o perecimento acontecer antes de a condição se aperfeiçoar. Mais ainda, parece bastante intuitivo que o critério central para essa distribuição seja se o direito está sendo efetivamente exercido pelo credor condicional ou não, assim, (i) na condição suspensiva, a rigor, ele não está sendo exercido; (ii) na condição resolutiva, está. Isso em razão de a fruição – na venda condicional – pressupor a posse da coisa, logo, parece lícito que a responsabilidade recaia sobre quem a exerce. Aliás, é o que consta expressamente para a venda com reserva de domínio, *ex vi* do artigo 524 do Código Civil: “Art. 524. A

³⁶⁶GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10.

³⁶⁷ROCHA, Manuel António Coelho da. *Instituições de direito civil português, cit.*, t. 1, p. 69, § 104.

³⁶⁸“Na venda condicional ou a termo: 1º. sendo a condição suspensiva, se a coisa pereceu antes de verificada a condição, perece por conta do vendedor, e fica sem efeito a venda, *Ord. L. 4. Tit. 8, §§1 e 7*; porém as deteriorações são por conta do comprador, excepto se o vendedor está em mora ou culpa. *Cit. Ord. §2. 2º*. Se a condição é resolutiva, a perda, acontecida antes, pertence ao comprador. *L. 2, §1, de in diem add. L. 2., de lege commis.* 3º. Em duvida presume-se resolutiva, se o vendedor entrega, ou promete entregar a coisa antes da verificação da condição: suspensiva no caso contrario. *Cod. da Pr. P. 1. tit. 11, artt. 263 e 274.* 4º. Nas cousas que se costumam vender por conta, peso ou media, assim como nas vendidas por prova, ou escolha, esta opreção contém uma espécie de condição suspensiva; e portanto o perigo anterior é do vendedor. *Cit. Ord. §5, Cod. Comm. Art. 458 e 459.* 5º. Não assim se as cousas, ainda eu costumassem ser vendidas a peso, conta ou medida, foram vendidas a vulto, ou a esmo, independente d’essa condição, v.g., um tonel de vinho. *Cit. Ord. §6, cit. Cod. III.* Em quanto ao signal, deve applicar-se a este contracto especialmente o que acima fica ponderado (§740).” *Id. Ibid.*, p. 639, § 819.

transferência de propriedade ao comprador dá-se no momento em que o preço esteja integralmente pago. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue”.

Na questão ainda, Lacerda de Almeida buscou diferenciar cláusula de pacto adjeto de condição em sentido técnico. No entanto, essa distinção efetuada partiu da ideia (hoje reconhecidamente equivocada) de que a vontade no contrato clausulado é pura e absoluta e que, ao contrário, no contrato sob condição, não³⁶⁹.

Sobre a evolução do tratamento legislativo da condição no sistema lusófono, importante também salientar as ponderações António Menezes Cordeiro, apontando que as “Ordenações Filipinas” já dispunham a respeito da condição³⁷⁰. Cordeiro afirma ainda que a doutrina reconhecia, designadamente,

o pacto de retrovendendo, o de *addictio in die* (adjudicação até certo dia, pelo qual a venda seria adjudicada a outrem, que no prazo combinado oferecesse melhor preço), o pacto de lei comissória (pelo qual a venda ficaria sem efeito se o preço não fosse pago no termo combinado) e o pacto de *protimesis* ou de preferência³⁷¹.

Tratando do vetusto Código Seabra, Cordeiro destaca discussão que se desenvolveu acerca do artigo 678³⁷², em que a fórmula “se o contrato ficou dependente de alguma condição” teria motivado críticas de Galvão Telles, uma vez que o contrato condicional não careceria de qualquer elemento constitutivo ou de validade, eis que é perfeito e válido, e que apenas sua eficácia estaria em suspenso ou seria precária³⁷³.

³⁶⁹“[...] O caracter typico da clausula está em affectar á FÓRMA do contracto modificando-a, dando *modalidade* ao acto jurídico, regulando, ampliando ou restringindo o exercício dos direitos e obrigações d'elle resultantes. O typo e feição característica da condição está em affectar o VINCULO obrigatório, tornando-o dependente de circumstancia data para formar-se ou convalescer. A vontade no contracto clausulado é pura e absoluta; no contracto condicionado é contingente e relativa; o contracto clausulado está completo e perfeito, o condicionado está por formar-se ou pode dissolver-se por causa congenita.” ALMEIDA, Lacerda de. *Obrigações*. Porto Alegre: Typ. de Cesar Reinhardt, 1897. p. 166, nota 2. Ora, o contrato condicionado não tem vontade contingente e relativa, a vontade é certa e imediata, os efeitos é que são dependentes do fato condicionante.

³⁷⁰MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 629.

³⁷¹*Id. Ibid.*, p. 629.

³⁷²“Artigo 678º. Se o contracto ficou dependente de alguma condição de facto ou de tempo, verificada a condição considera-se o contracto perfeito desde a sua celebração; mas logo que haja certeza de que a condição se não póde verificar, haver-se-á por não verificada.”

³⁷³MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 631. Tratando ainda da conclusão da exterioridade da condição, veja-se: GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, cit., p. 109.

6 Condição no Código Civil de 1916 e no Código Civil atual

No que respeita aos códigos civis brasileiros, António Menezes Cordeiro elogia o tratamento do tema da condição, enfatizando que o direito brasileiro da condição merece cuidadosa ponderação e que seria “uma versão evoluída do sistema romano-germânico”³⁷⁴.

Cordeiro também destaca que tanto o Código Civil de 1916 como o atual, de 2002, teriam optado pela solução alemã da irretroatividade. Sem embargo disso, o autor não menciona que esse tema foi, em verdade, objeto de aceso debate na própria doutrina brasileira que tinha dificuldades em definir se havia que se falar ou não em irretroatividade³⁷⁵. Com efeito, a discussão sobre a opção do Código Civil de 1916 pela irretroatividade sempre dividiu a doutrina nacional. Tanto a opção do legislador da época não estava clara que Francisco dos Santos Amaral Neto, autor de referência na matéria, chegou a propor, *de lege ferenda*, uma nova redação para o artigo 122 daquele código³⁷⁶.

A propósito, vale observar as principais evoluções que a matéria sofreu na passagem do Código Civil de 1916 para o atual código³⁷⁷: (i) a definição de condição do artigo 121 do código atual é superior, ficando claro o requisito da voluntariedade que não constava do artigo 114 do código anterior; (ii) o artigo 122 do Código de 2002 avançou em termos de precisão em relação ao artigo 115 do Código de 1916; (iii) por fim, em tema de invalidez

³⁷⁴MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 636.

³⁷⁵*Id. Ibid.*, p. 634-635.

³⁷⁶“[...] e) propomos, *de lege ferenda*, que o art. 122 do Código Civil, para definitivamente encerrar a controvérsia, adote a seguinte redação: ‘O implemento da condição não tem efeito retroativo. Se, todavia, alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva e, pendente esta, fizer quanto àquela, novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis.’” AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, cit., p. 287. Notar que a redação do então artigo 122 do Código Civil de 1916 não difere, na essência, daquela do artigo 126 do Código Civil atual. Ainda remanescendo a ambiguidade, confira-se Martins-Costa: “Seja como for, tanto o Código Civil de 1916 quanto o Código Civil de 2002 não têm norma expressa determinando a retroatividade da condição como princípio, embora imponham efeitos retroativos nas hipóteses dos arts. 126 e 1.359 (correspondem aos arts. 122 e 647 do Código Civil de 1916). Conquanto entre os autores clássicos houvesse certa divergência sobre qual seria o princípio adotado em nosso sistema, prepondera atualmente o da irretroatividade dos efeitos.” MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 145. No âmbito italiano, Tatarano e Romano trazem uma discussão interessante sobre o artigo 1.360 do *Codice Civile* e apontam para uma impossibilidade de estabelecimento de regra geral, diante das múltiplas exceções, a começar pela própria diferença de perfis entre as condições suspensiva e resolutive: “*Secondo tale orientamento, il cosiddetto principio di retroattività di cui all’art. 1360 c.c., altro non sarebbe, ad un’attenta analisi, che un’inutile quanto inopportuna enunciazione dogmatica, priva di una reale portata normativa: se è vero che da un lato sono individuabili grosse deroghe a siffatto principio, dall’altro il principio medesimo finisce col risultare irrilevante nella giustificazione di una serie di soluzioni normative tradizionalmente allo stesso ricondotte.*” TATARANO, Giovanni; ROMANO, Carmine. *Condizione e modus*, cit., p. 144.

³⁷⁷MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive*, cit., p. 137-138.

das condições, o artigo 123 do Código Civil de 2002 é mais completo do que o correlato artigo 116 do Código de 1916.

A invalidade e a maior precisão do artigo 123 do Código Civil de 2002 são demonstradas pela simples comparação entre os dispositivos, ficando clara a divisão do artigo 123, que trata muito mais do que apenas da condição impossível. O dispositivo, em verdade, estabelece o regime geral da invalidade no tema da condição: em primeiro lugar, as condições suspensivas física e juridicamente impossíveis invalidam o negócio jurídico, opção que nos parece acertada porque o motivo da condição suspensiva é central na estrutura do negócio e na opção das partes em fazê-lo, ora, se é física ou juridicamente impossível, a declaração de vontade está em xeque e as consequências centrais do negócio também; em segundo, a minúcia do inciso II, do artigo 123, em diferenciar a condição ilícita daquela de fazer coisa ilícita, ambas invalidantes, e o reconhecimento do poder **indutor** do mecanismo condicional quando se cria um fato condicionante ilícito para fins de obtenção de um efeito desejado; por fim, em terceiro lugar, com a invalidade do negócio jurídico, enumeram-se as condições incompreensíveis e contraditórias.

No caso do artigo 124 do Código Civil e sua opção de dar por “inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas, e as de não fazer coisa impossível”, transparece a precedência do princípio da conservação dos negócios, uma vez que a impossibilidade da condição resolutiva não ataca em si mesma a declaração de vontade, e declaração de não fazer coisa impossível também é vã na estrutura do negócio. O que talvez seja um problema, a ser discutido nos casos concretos, é o caso de a condição impossível ou a de não fazer coisa impossível serem frutos de erro ou ignorância, o que poderia dar ensejo à aplicação do artigo 140 do Código, se determinante para a declaração de vontade.

Outro destaque está na redação do artigo 474 do Código Civil atual que corrigiu a redação do artigo 119 do Código de 1916, dissipando a confusão que ainda existia entre condição resolutiva e cláusula resolutiva, com a substituição da palavra **condição** por **cláusula**³⁷⁸. A doutrina, com efeito, já reconhecia a falha do artigo 119 da vetusta codificação, quando aludia à condição resolutiva tácita que, a rigor, não é condição no sentido estrito do termo³⁷⁹.

³⁷⁸MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva*, cit., p. 138. Ver também: TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 64 e ss.

³⁷⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

Por fim, temos o artigo 128 do Código Civil de 2002 que reforça o papel da boa-fé na fase de pendência da condição resolutiva em contrato de prestações periódicas, um detalhamento que não poderia passar sem nenhum comentário porque, aqui, vale a parêmia de que a lei não possui palavras inúteis, a ênfase do legislador é, portanto, uma especialização da boa-fé objetiva³⁸⁰.

A doutrina observa que a boa-fé incide em todo o percurso obrigacional, inclusive na fase de pendência. Na condição resolutiva, a boa-fé assegura e resguarda os atos praticados entre a conclusão do contrato e o implemento da condição resolutiva porque, havendo prestações periódicas, o efeito será *ex nunc* (não retroativo), com exceção daqueles atos que, pelo contrário, não forem “compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme os ditames da boa-fé”³⁸¹. Esse duplo filtro, da compatibilidade com a natureza da condição pendente e da conformidade com a boa-fé, implica um olhar para **dentro** do negócio, para as motivações **causalizadas** pelas partes e, ao mesmo tempo, um olhar para **fora** do negócio, para o padrão de conduta exigível dos contratantes em tal contexto.

Para Judith Martins-Costa, esse dispositivo parece ter sido, muito provavelmente, inspirado pelo artigo 1.369 do Código Civil italiano, que exige a boa-fé para conservar as razões (motivações) da outra parte³⁸².

Concluindo esse tema, a matéria ficou mais bem organizada e a precisão técnica da redação evoluiu na passagem de um código ao outro.

7 A recepção da condição precedente no Direito Brasileiro

Em meio a uma fase de efervescência nas aquisições entre grandes companhias no país, envolvendo complexas operações societárias, tornou-se corrente a aplicação de condições precedentes ao fechamento de negócios, muitas vezes, incluindo obrigações de fazer. Assim, abriu-se um capítulo interessante na discussão sobre o tema da condição no Direito Brasileiro³⁸³.

³⁸⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*, cit., p. 24.

³⁸¹MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 742.

³⁸²*Id. Ibid.*, p. 743.

³⁸³Ao lado das *covenants* (obrigações de fazer e não fazer exigência, por exemplo, em um financiamento de projeto pelo financiador) estão também as *conditions precedent for disbursement*, que são exigências prévias do agente financeiro ao aporte no negócio. Segundo Enei, “As condições suspensivas incluem, além de aspectos conjunturais fora do controle da sociedade do projeto, obrigações que esta deve atender sob pena de não fazer jus ao recebimento dos recursos que constituem o financiamento. Sob esse aspecto, podem ser

No entanto, associar automaticamente o termo anglo-saxão *conditions* à condição suspensiva do nosso direito é um reducionismo perigoso. A propósito, Martins-Costa observa, com muita razão, que a funcionalidade da condição implica o deslocamento de parte dos efeitos típicos do negócio e que o regime do não implemento da condição é diverso do regime da inadimplência obrigacional. Ambos os regimes, o da condição pendente e o do incumprimento da obrigação, operam no plano da eficácia, contudo, sem a eclosão da condição não se verificam os efeitos típicos em suspenso. Já no incumprimento da obrigação, pelo contrário, os efeitos típicos são disparados e o regime é aquele previsto na legislação para a mora ou o inadimplemento absoluto.

Martins-Costa é precisa ao afirmar que, se e somente se “o negócio contendo a condição precedente realizar os efeitos essenciais de um negócio condicional”³⁸⁴, será possível falar em condição em sentido técnico. A pergunta, então, é simples: quais são esses efeitos essenciais?

Primeiro, como a condição rege-se pela futuridade e pela incerteza, haverá fase de pendência, na qual estarão suspensos exatamente parte dos efeitos típicos do negócio. Note-se que a fase de pendência da condição é diferente do hiato de tempo da obrigação a prazo, porque o cumprimento da prestação no termo final aprazado deve necessariamente acontecer, ao passo que o implemento da condição pode acontecer.

Segundo, exatamente porque há fase de pendência, retoma-se aqui a ideia do caráter instrumental da expectativa de direito em geral e do direito expectativo em particular, este último, um verdadeiro direito subjetivo que, no entanto, tem na sua pretensão não a prestação em si mesma, mas a conservação da prestação.

Terceiro, se a pretensão do direito expectativo é diferente daquela do direito expectado, seu acionamento se dá por motivos diversos e com alcances diferentes. A pretensão do direito expectativo é a garantia de não interferência da parte contrária no implemento do fato-condicionante e a utilidade da prestação que advém do direito

entendidas como espécies de obrigações de fazer (e/ou não fazer). Normalmente, as obrigações erigidas ao status de condição suspensiva são aquelas mais importantes, sem as quais o financiador não se sente minimamente à vontade para aprovar e conceder o financiamento. As demais condições podem ser relegadas ao status de meras covenants, a serem cumpridas posteriormente ao desembolso ou mesmo dispensadas, conforme o caso. Inclui-se aqui, como acima antecipado, a obrigação de celebrar os contratos mais importantes, aqueles que constituem a espinha dorsal do financiamento de projetos, garantindo o suprimento confiável de insumos e mercado para os bens ou serviços produzidos, livre da oscilação de preços e outros riscos correlatos.” ENEL, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-out e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 233.

³⁸⁴MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 97.

expectado, como exemplo, em um caso de venda de estabelecimento comercial sob condição suspensiva, o adquirente tem interesse jurídico e econômico na preservação do fundo de comércio.

Já a pretensão do direito esperado, é aquela da apreciação econômica da obrigação em si mesma. Interessante notar que, muitas vezes, em um negócio condicionado, a parte devedora irá argumentar com o não implemento da condição na tentativa de furta-se ao cumprimento do regime obrigacional ao qual se vinculou. Como exemplo, temos aquele da aquisição de franquia já instalada em *shopping center*. Quando se requer as autorizações da franqueadora e da administradora do *shopping center* para o negócio, circunstância que pode ser aposta como condição suspensiva, em se tratando de fatos incertos, é ausente a potestatividade pura. No entanto, uma vez obtidas as autorizações, qualquer arrependimento passa a ser visto pelo regime constante do contrato, perfeitamente operativo no plano da eficácia plena com o implemento da condição. Daí a argumentação de que não foram preenchidas as condições, uma vez provado que, ao contrário foram preenchidas, nada aproveita à parte contrária, a qual deverá arcar com as consequências pelo regime do inadimplemento contratual³⁸⁵.

³⁸⁵Ação de cobrança e indenizatória – Decreto de parcial procedência – Cerceamento de defesa inócurrenente – Contrato de compra e venda de estabelecimento comercial – Implemento de condições suspensivas ajustadas comprovado – Multa contratual incidente em razão do arrependimento – Cabimento – Hipótese de resolução tácita não caracterizada – Incidência de cláusula penal na forma do art. 408 do CC/2002 – Juros de mora, porém, contados da citação – Apelo parcialmente provido. TJSP, Apel. Cível n. 1102365-82.2018.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 29.01.2020.

SEGUNDA PARTE

A CONDIÇÃO – FASE DE PENDÊNCIA

CAPÍTULO III. FACTICIDADE JURÍDICA DA CONDIÇÃO

O fato jurídico é o único gerador de efeitos jurídicos, trata-se da premissa básica estruturante de todo o resto.

Nos casos de fatos jurídicos em formação – fatos de formação complexa, que dependem de vários elementos constitutivos – discute-se a presença de efeitos preliminares, uma questão importante para o tema da condição, especialmente, porque reflete na sua tutela em juízo.

Além do que, a centralidade da fase de pendência no estudo do negócio condicionado é evidente, sendo a nota distintiva que o aparta do regime geral. Não bastasse isso, compreender os limites e as potencialidades da pretensão nessa etapa é essencial para ulterior análise das medidas de conservação.

Assim, optou-se pelo tratamento da matéria em capítulo próprio.

1 Os efeitos preliminares dos fatos jurídicos

Em tema de eficácia, é preciso dividir: a eficácia normativa ou legal como incidência da norma jurídica e a eficácia jurídica como efeito dos fatos jurídicos, sobre a qual age a condição, elemento acidental do negócio jurídico³⁸⁶. Assim, a eficácia é a aptidão para produzir efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos.

Já os efeitos preliminares serão preliminares apenas na perspectiva do direito expectado, direito a haver, não há efeitos preliminares em relação ao direito expectativo (direito subjetivo à aquisição de outro direito subjetivo e que possui pretensão tanto quanto o direito final a que visa). Isso posto, a consequência mais evidente em adotar a premissa de que apenas fato jurídico gera efeito jurídico é a de que não há efeitos preliminares, pois todo efeito jurídico tem como pressuposto um fato jurídico. Não há preliminaridade por essa concepção, uma vez que, em relação ao fato que lhe antecede, o efeito não pode ser

³⁸⁶MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 46, nota 11. Também: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 1, p. 16-17.

qualificado como preliminar, pelo contrário, só existe efeito jurídico porque existe fato jurídico³⁸⁷.

Portanto, assumir o fato jurídico como único ejetor de efeitos jurídicos implica³⁸⁸, também, assumir a inconveniência da expressão efeitos preliminares, é claro, dentro dessa perspectiva que se coloca. Os efeitos preliminares poderão conter verdadeiros direitos subjetivos referidos, servientes, instrumentais de um direito final ainda não verificado em todos os seus elementos.

A questão da *fattispecie* ainda em formação, como se reconhece, se não é idônea para produzir os efeitos finais, também não chega a ser juridicamente indiferente, uma vez que o interesse nela expresso assume valor jurídico³⁸⁹.

Na matéria, desbastando o **fato de formação sucessiva**, sua elaboração doutrinária observa a presença de efeitos parcelares do fato, cuja completa formação não se dá na simultaneidade, mas na sucessividade. Esses efeitos não são diretamente relacionados ao interesse contido na obrigação condicionada, são efeitos procedimentais “dilatando o processo de formação factual”³⁹⁰, sempre para a salvaguarda do resultado final.

Ana Isabel Afonso, tratando da doutrina da formação sucessiva do negócio condicionado, corrobora o ponto, ao defender que os denominados efeitos preliminares são instrumentais em relação ao efeito final; assim, existem apenas para salvaguarda deste último, sendo exemplos de efeitos preliminares, “a irrevogabilidade do negócio condicional e a obrigação de não impedir o processo de formação sucessiva”³⁹¹.

³⁸⁷“De regra, o suporte fático, complexo e de formação sucessiva, que serve à entrada de fatos puros, ou de atos não-negociais, no mundo jurídico, não produz, antes dessa entrada definitiva, qualquer efeito (P. OERTMANN, Die Rechtsbedingung, 38). Se faltou o último elemento do suporte fático, tudo faltou. A ilusão de existirem muitos casos de efeitos preliminares está em que alguns elementos do suporte fático podem ser elementos de ouro suporte fático que se complete antes [...]” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 1, p. 97.

³⁸⁸Há, naturalmente, outras concepções, por exemplo, Carlos Ferreira de Almeida que, em sentido contrário, observa que a ineficácia em sentido estrito não é uma sanção, mas decorre da autonomia privada. Daí, o autor estabelece a distinção entre o que compreende como **ineficácia autônoma** ou **endógena** – “tem como fonte uma cláusula negocial que se revela no conteúdo do próprio ato” – e **ineficácia heterônoma** ou **exógena**, que tem como fonte a lei. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Invalidez, inexistência e ineficácia. *Católica Law Review*, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 27, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicallawreview/article/view/1980/1902>. <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2017.1980>.

³⁸⁹ASTONE, Maria. *L'aspettativa e le tutele*: contributo allo studio degli effetti preliminar nelle situazioni di pendenza. Milano: Giuffrè, 2006. p. 11. Astone afirma ainda que o efeito preliminar equivale a essa situação de *frazioni di fattispecie*, expressando um núcleo de interesse tutelável em si mesmo. *Id. Ibid.*, p. 15. Para o paradigma aqui adotado, essa afirmação expressa um direito subjetivo.

³⁹⁰GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva*: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados, cit., p. 89.

³⁹¹AFONSO, Ana Isabel. *A condição*: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda, cit., p. 55. No entanto, existe uma distinção importante entre pendência e preliminaridade que não foi captada. Ao contrário

Marcos Bernardes de Mello coloca a questão sob a perspectiva de uma **situação jurídica básica** compreensiva dos efeitos mínimos da categoria de eficácia. Obviamente, os efeitos mínimos são variáveis, conforme a natureza do fato jurídico. O testamento, por exemplo, terá sua eficácia completa com a morte do testador, porém, uma vez feito o negócio jurídico testamentário, já de plano, há vinculabilidade do testador que só poderá se desvincular nas hipóteses de revogação e caducidade³⁹². Ainda a respeito, observa-se que os atos nulos e anuláveis também geram efeitos a começar pela invalidade com o retorno ao estado anterior e existem, ademais, efeitos que se originam para proteção do terceiro de boa-fé³⁹³.

Ainda nesse ponto, da eficácia jurídica mínima, Pontes de Miranda disserta:

Se o ato jurídico, embora revogável enquanto não ocorre algum fato (e.g., aceitação), está exposto a vincular quem o pratica e, pois, a tornar-se irrevogável, há efeito que é anterior à irrevogabilidade. Tal efeito, para os atos jurídicos, é o efeito mínimo. Quem pratica atos, que entram no mundo jurídico, expõe-se a êle, que é a vinculabilidade. Todo ato jurídico tem, pelo menos, êsse efeito³⁹⁴.

A situação jurídica básica, expressão dos **efeitos mínimos**, designa antes de tudo a **vinculabilidade** do fato jurídico. Ser o fato completamente destituído de efeito é a negação de sua finalidade e, no limite, de sua existência. Ilógico, portanto. Exatamente por isso, são defesas as condições que privarem de todo efeito o negócio jurídico³⁹⁵. O artigo 122 do Código Civil traz uma premissa que não se pode nunca perder de vista: o negócio condicionado é, ainda que minimamente, eficaz. Aliás, nesse ponto, não custa lembrar que há uma razão para a condição não poder privar o negócio de todos os efeitos: é que aí se estaria atuando no plano da existência e não naquele da eficácia³⁹⁶.

Seguindo com o detalhamento do efeito mínimo, considerado o direito como relação homem-a-homem e mecanismo de adaptação social com força cogente, o primeiro efeito é a aptidão de vincular, sem a qual o direito seria mera interação social. Assim, o sujeito

do afirmado, a *fattispecie* do negócio condicionado já está toda completa, apenas há, em pendência, duas possibilidades em aberto, para as quais já existe previsão de tratamento, a saber: a ocorrência do fato futuro e incerto ou a não-ocorrência do fato futuro e incerto.

³⁹²MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 231.

³⁹³ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Invalidade, inexistência e ineficácia, cit., p. 20. Para este autor: “a ineficácia limitada a terceiros diz-se inoponibilidade [...]”. *Id. Ibid.*, p. 28. A inoponibilidade das exceções cartulares a terceiros de boa-fé também é exemplo frisante dessa ideia. Sobre: MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. I. Letra de câmbio e nota promissória. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 13 e ss.

³⁹⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 8.

³⁹⁵MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 104-106.

³⁹⁶“[...] porque aí já se estaria atuando no plano da própria existência do negócio jurídico, em face de que a simples existência do negócio jurídico tem como mínimo efeito o surgimento de relação jurídica.” MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição ao estudo da eficácia do negócio jurídico *pendente conditione*, cit. p. 77.

vincula-se por uma oferta irrevogável, mesmo antes da aceitação do oblato³⁹⁷; o sujeito vincula-se por uma promessa de recompensa, conforme artigo 854 do Código Civil.

Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva dão como exemplo a vinculação jurídica básica, a partir das denominadas **cláusulas MAC**, observando que, em um contrato de compra de participação societária, no “período intermístico entre o *signing* e o *closing* contratual verifica-se apenas a chamada vinculação jurídica básica”³⁹⁸, a vinculação com a presença de deveres secundários e laterais, envolvendo sigilo e cláusula de melhores esforços, mesmo que a eficácia típica da compra e venda não tenha sido deflagrada³⁹⁹.

Daí o porquê da irretratabilidade, não podendo ser unilateralmente desfeito o negócio condicionado⁴⁰⁰. Essa constatação existe apenas porque há uma relação jurídica desde logo.

Enfim, se a distinção entre o objeto do direito e o da moral é a coercibilidade, a vinculabilidade (potência de ser vinculativo) somente pode ser efeito mínimo para todo fato jurídico (ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico). Sem a vinculação, decerto não há possibilidade, nem em tese, de coercibilidade⁴⁰¹. Vale ainda destacar que se o plano da validade precede aquele da eficácia, outro efeito mínimo do fato jurídico é o de expurgar as nulidades absolutas.

Para Carlos Ferreira de Almeida, a eficácia jurídica em sentido largo pressupõe a validade e a eficácia em sentido estrito, pelo que, no mínimo, há a incidência da norma de ordem pública tornando nulo o ato/negócio, gerando efeitos, por exemplo, restitutórios da coisa alienada⁴⁰².

³⁹⁷Sobre o tema da oferta já se vislumbrou a presença de uma condição suspensiva. Veja-se: “A proposta irrevogável apresenta-se como uma declaração unilateral de vontade, pela qual o proponente se obriga pelo próprio objeto do contrato proposto, sob a condição suspensiva de ser aceita. Se for aceita, a declaração unilateral será absorvida pelo contrato, que se formará em consequência da própria aceitação e por efeito também da vontade do proponente.” BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*, cit., p. 167. Não se pode concordar com isso, porque a aceitação da proposta é direito formativo gerador.

³⁹⁸MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 136.

³⁹⁹*Id. Ibid.*, p. 136.

⁴⁰⁰NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral*, cit., v. 1, t. 2, p. 441.

⁴⁰¹A distinção entre obrigação jurídica e obrigação moral traz em si o elemento essencial da vinculação. Pode-se dizer que a norma moral também vincula, mas o faz em um nível de consciência ou de reprovação social para quem é reputado mau caráter ou coisa que o valha; todavia, apenas a obrigação jurídica permite a vinculação com viés cogente. Se a coação é atributo do direito, somente é possível coagir quem está vinculado a determinado dever. Se vinculado não está, a coação é antijurídica. Veja-se: “Os deveres jurídicos ou as obrigações, dependem de um princípio de coerção material externo, que constrange o homem a preenchê-los, ou indenizar a parte lesada pela sua violação, e pune em certos casos o seu infractor.” RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 14.

⁴⁰²ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Invalidez, inexistência e ineficácia*, cit., p. 11.

Outrossim, pelo ângulo negativo, da ineficácia, Almeida observa que “a ineficácia é compatível com a produção de outros efeitos derivados do próprio ato ou até com efeitos derivados da ineficácia do ato”⁴⁰³. O que se quer comprovar a respeito de **eficácia mínima** com essa citação? Ora, a ineficácia e a invalidade geram efeitos, aliás, até a inexistência (para quem a admite)⁴⁰⁴ gera o efeito óbvio de sua declaração e dos consectários dessa afirmação do sistema jurídico.

Por fim, Pontes de Miranda faz a necessária distinção acerca das diferenças de efeitos entre ato jurídico e negócio jurídico e ato-fato jurídico e ato ilícito (que vai diretamente ao plano da eficácia sem passar pelo plano da validade). Em relação aos dois últimos, a vontade é indiferente como elemento que compõe o suporte fático para posterior geração de efeitos jurídicos, o direito nasce e é eficaz ao mesmo tempo. Afirma, então, com sua lógica peculiar e irretocável que, quanto “aos atos ilícitos, de ordinário à sua aparição surgem direito e dever.

⁴⁰³ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Invalidade, inexistência e ineficácia, *cit.*, p. 12.

⁴⁰⁴Sobre, com excursão histórica importante: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. 2001. Tese (Titularidade) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 14-28. Das conclusões de Maluf, vale trazer: “Entendemos que a distinção – fecunda em consequência – deve ser aceita, não somente porque permite resolver com justiça determinadas situações que apresenta a via real, e pelas quais a nulidade não brindaria adequada solução, senão porque repousa em uma clara diferença conceitual, já que não é o mesmo dizer que não haja ato jurídico ou que exista um ato jurídico viciado.” *Id. Ibid.*, p. 195. Inclusive porque, ainda de acordo com o mesmo autor, há consequências práticas bastante tangíveis na distinção entre o ato inexistente, que não chega a configurar ato jurídico, e o ato nulo, viciado. Entre as consequências arroladas por Maluf: “[...] 1) A possibilidade de alegá-la judicialmente por todo interessado e em qualquer estado do processo, que seja manifesta e resulte de prova produzida. 2) A faculdade judicial de verificá-la e aplicar de ofício suas consequências. 3) A inaplicabilidade das regras referentes aos efeitos dos atos nulos e anuláveis. 4) A inaplicabilidade ao ato inexistente da teoria da conversão do ato jurídico nulo. 5) Impossibilidade de confirmação ou convalidação. 6) Impossibilidade absoluta de prescrição.” *Id. Ibid.*, p. 199. Bunazar também aceita a categoria da inexistência, com raciocínio lógico difícil de ser suplantado, veja-se: “[...] importa reter que a inexistência é categoria dogmática fundamental, pois se presta, no mínimo, para estabelecer a fronteira entre o que é ou não jurídico e para afastar por completo o recurso à construção teórica da aparência quando estiver em questão negócio jurídico nulo, pois, então, estar-se-á diante de algo que é, que existe, e não do que meramente aparenta ser. Com isso, evitam-se os prejuízos advindos das distorções categoriais.” BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*, *cit.*, p. 127. Bunazar oferece mais uma distinção fundamental entre os “efeitos do negócio jurídico nulo” e “os efeitos da nulidade”: (i) primeiro, refuta, categoricamente, a afirmação de que os negócios jurídicos nulos não produzem efeitos; (ii) segundo, a eficácia *ex tunc* (ineficacização) da declaração de nulidade absoluta, até a cassação de todos os seus efeitos; (iii) terceiro, todavia, há atos nulos que geram efeitos como o casamento putativo, com invalidade cujos efeitos são *ex nunc*, “mantendo-se todos os efeitos por ele gerados até a decretação da invalidade.” Daí, conclui ele: “Disso decorre que o casamento putativo não se diferencia dos demais atos jurídicos preceptivos nulos porque produz efeitos, mas, antes, porque os efeitos que produz ficam imunizados contra a ineficacização típica da decretação da nulidade. Portanto, pretender diferenciar a invalidade por anulabilidade da invalidade por nulidade a partir, respectivamente, da produção ou não de efeitos jurídicos é vício lógico consistente em utilizar, na distinção, apenas o gênero próximo, ignorando a diferença específica.” *Id. Ibid.*, p. 134. Ainda sobre a inexistência, existe uma dificuldade em afirmar que se trata de uma categoria inútil em nosso sistema jurídico, quando, exatamente no tema das condições, consta do artigo 124, do Código Civil a previsão de que: “Têm-se por inexistentes as condições impossíveis, quando resolutivas e as de não fazer coisa impossível.”

Quanto aos fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, inclusive os atos-fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos a eficácia deles em direitos e deveres coincide com a existência”⁴⁰⁵.

Em conclusão: (i) a vinculabilidade só pode ser efeito mínimo porque é conatural à coercibilidade indissociável do fenômeno jurídico, logo, ao menos esse atributo deve estar presente; (ii) a invalidade e suas consequências também compõem efeito mínimo do fato jurídico porque são autorreferentes à integridade do próprio sistema jurídico e seus valores estabelecidos pelo legislador nas hipóteses de nulidade absoluta; (iii) os efeitos ditos preliminares são, na verdade, os efeitos do direito expectativo, de onde conclui-se que o direito expectativo é efeito mínimo do negócio jurídico condicionado; (iv) o ato ilícito gera eficácia imediata, no que tange à sua ilicitude, sem passar pelo plano da validade; (v) também o ato-fato jurídico tem sua existência e sua eficácia surgindo ao mesmo tempo, a exemplo da descoberta do artigo 1.233 do Código Civil, pois, ao achar coisa alheia, o sujeito tem, desde logo, o **dever** de restituí-la ao dono ou ao legítimo possuidor e, caso não o conheça, “fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente”.

Como nota curiosa, embora alheia à discussão que se tentou estabelecer, frise-se que até o ato inexistente gerará um efeito ou, pelo menos, a aparência de um, a exigir uma declaração dessa inexistência, isso se não gerar também consequências indenizatórias como fruto do *neminem laedere*, eis que a **eficácia aparente** sendo danosa, constitui ilícito indenizável⁴⁰⁶.

2 O fato condicionante e o efeito condicionado

Segundo José Augusto César, autor pouco lembrado, “num negócio condicionado o que depende da condição não é a vontade do agente, é o efeito jurídico do ato”⁴⁰⁷. Deflui dessa afirmação certa, a incorreção da expressão negócio condicional; nada há de condicional ou incerto no negócio jurídico com condição, a sua manifestação de vontade não é menor ou defeituosa (tirante os defeitos que, de ordinário, podem ocorrer com as manifestações da vontade negocial em geral e contêm previsão na lei). Pelo contrário, a

⁴⁰⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 8.

⁴⁰⁶Destacando que a aparência jurídica pode gerar efeitos e ser recebida no mundo jurídico, sobretudo para proteção de terceiros de boa-fé, veja-se: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, cit., p. 90.

⁴⁰⁷CESAR, José Augusto. *Ensaio sobre os actos jurídicos*, cit., p. 74.

manifestação de vontade atual e efetiva no negócio em que é aposta uma condição termina por ser maior, há mais vontade, mais autonomia privada ali, porque é mais específica em seu regramento, descendo ao detalhe de prostrar, parcialmente, a eficácia de determinadas consequências (efeitos) típicas ou atípicas do negócio in concreto, enfim, a uma ampliação da autonomia privada corresponde uma ampliação da vontade declarada na mesma proporção.

É bem verdade que, segundo Lacerda de Almeida, autor contemporâneo à criação do Código Civil de 1916, a discussão a propósito da natureza da condição já era acerba. Almeida estudou a discussão doutrinária que se estabeleceu no exterior e, com base no contexto da época, apontou que primeiro, conforme tome-se a condição no sentido objetivo de **fato futuro e incerto** ou no sentido subjetivo pelo lado da **declaração de vontade** do ato jurídico, tal opção irá repercutir na definição de sua natureza; segundo, desembocando na acessoriedade ou não da condição, a questão tem reflexo prático na distribuição dos ônus da prova.

É claro que definimol-a no sentido objetivo como *Accursio* e quasi todos os clássicos e autores pátrios e francezes. Os alemães porem encaram-n'a pelo lado subjectivo como *declaração de vontade* no acto jurídico., e levantam grande controvérsia sobre a natureza da condição. Para uns a condição é apenas um accessorio ou acidente (*Negengestimmung*), e deste parecer são ARNDTZ, *Pand. §65*; BÖCKING, *Inst. I*, §110 g. e 116 A. 20 (e com eles o comentador moderníssimo do Cod. Civil Francez HUC, t. VII, n. 240, *in fin*). Nesta teoria a declaração principal toma corpo e subsiste a despeito da condição, méra accidental della derivada. Entendem outros que é um accessorio, mas um accessorio *organicamente ligado* á declaração principal, e diferente das demais clausulas ou accidentaes sem character orgânico. SCHEURL citado em RUDORFF *a Puchta, Pand. §59, a*. Pensam outros finalmente que a condição é uma modalidade ou uma *restricção da declaração principal*, constituindo não uma segunda declaração aposta, mas a manifestação qualificada de uma vontade unica e indivisível. Foi iniciador deste ponto de vista o insigne SAVIGNY, *Dir. Rom. §§ 116-124* e seguem-no FITTING, UNGER e outros com WINDSCHEID, RUDORFF, PUCHTA, etc. E' a opinião que deve prevalecer. A controvérsia não tem caráter puramente theorico ou acadêmico, mas da solução della consoante a opinião que sustentamos resulta a consequencia practica de que, contestada a condicionalidade da declaração de vontade, deve o onus da prova recahir em que alega a validade da declaração principal. WINDSCHEID, I, §86, not. 4⁴⁰⁸.

No entanto, hoje verifica-se que a razão está com aqueles, como José Augusto César, que visualizam a condicionalidade não na declaração – até porque, não fosse isso, ficaria muito difícil defender a existência de um verdadeiro **direito instrumental a adquirir direitos** derivado do negócio sob condição –, mas no efeito que o fato futuro e incerto condiciona.

Outro ponto, a dicotomia apontada por Lacerda de Almeida de tomar a condição no sentido objetivo ou subjetivo, na verdade, são faces do mesmo fenômeno. Novamente,

⁴⁰⁸ALMEIDA, Lacerda de. *Obrigações, cit.*, p. 157.

retoma-se a distinção entre **condição-cláusula** e **condição-fato**⁴⁰⁹. A declaração de vontade traz a cláusula com a condição introjetada no negócio jurídico e, o fato é o evento futuro e incerto que condiciona os efeitos do negócio. Assim, a condição em sentido objetivo implica condição-cláusula, enquanto a condição em sentido subjetivo implica condição-fato.

No que tange ao ônus da prova, não é a acessoriedade ou não da condição que vai definir quem irá suportá-lo. A distribuição desse ônus, bem mais simples, baseia-se mesmo, na tessitura do litígio, em quem alegou o quê. Assim, uma vez contestada a condicionalidade da declaração de vontade aquele que contestou deve provar que a obrigação era pura e simples; ao contrário, aquele a quem a condição favorece deverá provar que era mesmo condição e que ela não se implementou.

A questão está muito mais vinculada, então, àquilo que as partes litigantes alegam como fato constitutivo de seu direito. Nessa linha, se alguém alega que o implemento da condição foi maliciosamente obstado, é seu ônus demonstrar a interferência indevida da parte contrária. Igualmente, se aposta a condição suspensiva, a parte fizer quanto às novas disposições, a incompatibilidade destas com a condição é ônus de quem alega⁴¹⁰.

Portanto, não há restrição à manifestação da vontade que veicula a condição e, mais ainda, a expressão tecnicamente correta é **negócio jurídico com efeitos condicionados** (nunca todos os efeitos, como antecipado, sob pena de absoluta impossibilidade de se falar em medidas conservativas) ou, em formato de elipse, **negócio jurídico condicionado**. Lembrando que condição que priva o negócio de todos os efeitos é defesa, tal como consta do artigo 122 do Código Civil⁴¹¹.

⁴⁰⁹MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 23.

⁴¹⁰Vale, então, a regra do artigo 373, incisos I e II, do CPC, logo, se a condição for alegada como direito é ônus de quem alega prová-la. Se, ao contrário, sua pendência for alegada como fato impeditivo, é ônus de quem aventa o tal impedimento. Assim, regra geral, a prova dos fatos é de quem alega: “Esta é a regra geral, salvas as exceções feitas pela própria lei que as estabelece; e na verdade nada mais racional nem mais jurídico do que impor a obrigação da prova dos factos àquelle que os alega, quer seja como author, quer como réo, porque o réo a respeito de suas exceções e dos factos que alega em sua defesa, faz as vezes de author. Em outros termos mais precisos: - aquelle que allega a existencia d’um direito deve alegar também e provar o modo como foi adquirido, ou pelo menos que elle lhe pertence; e aquelle que allega a extinção da obrigação, deve alegar e provar o modo como ella teve lugar. Todo aquelle que alegar um facto novo contrario á posição adquirida pelo adversário, deve provar a verdade d’esse facto.” CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. 2. ed. posta de acordo com o Código Civil, as leis em vigor, a doutrina e a praxe pelo Dr. Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917. p. 37.

⁴¹¹Explica Vicente Ráo, em doutrina ainda do Código Civil de 1916, que o próprio princípio da incidibilidade leva à tal conclusão. Diz ele: “Pode-se sujeitar, suspensiva ou resolutivamente, a eficácia do ato jurídico a um evento futuro e incerto; mas, vedado é, por lei, submetê-la a qualquer evento incompatível com a própria natureza do ato, a ponto tal que a este ato venha tolher todo o efeito. O princípio da incidibilidade do ato condicional não comporta, na hipótese, exceção ditada por lei, ou de si mesma justificável – ora, não podendo semelhante condição ser separada da declaração de vontade que a padece e com a qual não se concilia, deve-se concluir, forçosamente, pela invalidade do ato em seu todo. É dessa incompatibilidade, pois, que a nulidade

Importante destacar também, da análise do binômio **fato-condicionante** e **efeito-condicionado**, que a incerteza repousa no primeiro, nunca no segundo. Daí, porque, derivando a condição **exclusivamente** da vontade, conforme a redação legal aperfeiçoada do atual Código Civil, o querer resultante do efeito é sempre certo. Se não for certo o querer em relação ao efeito-condicionado, a condição não é séria, o que atinge o negócio no plano da existência⁴¹². Isso, ainda, leva a uma reflexão importante, conforme o ângulo pelo qual focaliza-se a **unidade** negócio: (i) há possibilidade de ver um **negócio condicionante** que veicula a condição-cláusula ao regime próprio dos artigos 121 e seguintes do Código Civil e (ii) há possibilidade de ver um **negócio condicionado**, típico, cujos efeitos não eclodiram porque falta o implemento da condição.

Essa reflexão é reforçada por Durval Ferreira, que observa ser o negócio jurídico **condicional** um negócio com regime apartado do regime típico do negócio jurídico ao final desejado. Define ele:

O negócio jurídico, na modalidade de negócio jurídico condicional é aquele em que as partes agregam, à declaração-negocial dum negócio típico, uma oração completiva integrante dum facto futuro e incerto com preposição denotativa deste se revelar como um objetivo, fim ou motivo integrante daquele e da sua plena relação de interesses regulada: pelo que, a produção plena dos efeitos do negócio criado depende de se vir a verificar, ou não, o referido facto futuro e incerto⁴¹³.

Em verdade, dado o seu regime jurídico próprio, o negócio jurídico condicionado apresenta-se existente, válido e perfeitamente eficaz; porquanto, os efeitos protraídos não são os seus, mas do negócio jurídico típico a que se apôs a condição.

Consequência lógica disso, o **direito subjetivo expectativo** é perfeitamente concebido e manejável. Já o **direito subjetivo expectado** esse, e somente ele, aguarda o aperfeiçoamento da condição.

Em termos práticos, ainda é válido observar que a divisão entre o fato-condicionante e o efeito-condicionado é central para discriminar a condição **simplesmente** potestativa da **puramente** potestativa. A primeira é perfeitamente válida; a segunda é inválida e como tal invalida o negócio. A primeira possui natureza mista, amalgamando à vontade da parte o

do ato decorre direta e imediatamente, sem ser preciso equiparar a condição censurada à condição impossível.” RÁO, Vicente. *Ato jurídico, cit.*, p. 320-321.

⁴¹²MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 48.

⁴¹³FERREIRA, Durval. *Negócio jurídico condicional: pessoas colectivas públicas: os motivos atípicos e a unidade do sistema jurídico na prova e interpretação da declaração negocial, cit.*, p. 141. Preferimos o adjetivo condicionado à condicional, porquanto, não há condicionalidade no regime jurídico do negócio em que aposta a condição. O regime jurídico já está lá, sua eficácia, com a aplicação das disposições legais da matéria já é completa. Há isso sim uma subordinação dos efeitos do negócio típico à integração ou não de um fato futuro e incerto.

evento futuro e incerto ou a vontade de outrem, como explica Vicente Ráo, ao discernir o nível de incidência da vontade do declarante para definir se há uma potestatividade pura e proibida por lei ou apenas uma parcial potestatividade, perfeitamente aceita pelo sistema⁴¹⁴.

Já na segunda, a condição é **puramente** potestativa (*si voluero*), sujeitando o efeito do negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes, trata-se de condição ilícita, que e invalida o negócio a que está subordinada, nos termos da lei.

Enfim, o fato condicionante é o evento futuro e incerto, representativo de um risco que se quer mitigar, e o efeito condicionado são as consequências subordinadas ao fato. Por lógica, então, a satisfação do interesse de quem põe no negócio uma condição está na consequência e não na causa, ou seja, é o efeito condicionado o ponto alto da ductilidade que a autonomia privada proporciona às partes.

Sem embargo, o fato condicionante é elemento que pode servir de base para a interpretação da vontade das partes, enquanto **motivo** inserto no negócio. A inseribilidade de um motivo **atípico** leva a que determinada intenção do agente seja protegida. Portanto, a análise contextual do fato condicionante oferece uma contribuição prática importante para a correta aplicação do que o Código Civil determina no seu artigo 112 ao enfatizar que “nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

Há uma marca, uma **pista**, mais ou menos evidente da intenção das partes, conforme o caso, derivada da eleição do fato condicionado. Porque se elegeu aquele evento futuro e incerto, e não qualquer outro, ilustra o tipo de risco que queriam evitar e a real motivação por trás do negócio entabulado, tem-se aí a **intenção** a que alude a lei.

3 A pendência de condição: expectativa e posições limítrofes

Do jogo entre o fato condicionante e o efeito condicionado deriva o ponto alto no estudo do tema da condição: a pendência. Trata-se de uma etapa singular dentro do negócio condicionado, com interesse economicamente apreciável (que é o direito final, no caso de verificação do fato condicionante), e da qual defluem efeitos autônomos como consequência

⁴¹⁴RÁO, Vicente. *Ato jurídico, cit.*, p. 325. A esse respeito, já se observou que, na nomenclatura tradicional divisando as condições casuais, potestativas e as mistas, a condição simplesmente potestativa é causal porque “para el cumplimiento de la condición, en resumidas cuentas la condición no depende de la voluntad de la parte contratante.” GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, cit.*, v. 4, p. 316.

jurídica. Enfim, há na figura o necessário coeficiente de *meritevolezza* a justificar a tutela estatal.

No entanto, é preciso sempre lembrar que as expectativas em geral e as *situaciones jurídicas interinas* o que, segundo alguns, explicaria melhor o fenômeno⁴¹⁵, são de alcance muito mais amplo do que o objeto da presente investigação, restrito aos negócios condicionados. Há muitas expectativas tuteláveis em direito positivo, como, aquela do nascituro⁴¹⁶, cuja busca por um regime uniforme, como visto, desafia demasiadamente a doutrina, muitos descrendo dessa possibilidade.

A autora espanhola Ana María de la Encarnación designa uma série de situações que não reúnem todos os requisitos para a presença de um direito subjetivo de **figuras intermedias**⁴¹⁷. Contudo, tratando especificamente da obrigação condicional, observa que na pendência “*para ambas as partes se derivan derechos y obligaciones distintos a aquellos que tendrán lugar tras la realización de la eventualidade condicionante*”⁴¹⁸. Isso já é, de certo modo, um vislumbre, sem que a autora se utilize do manejo do conceitual de Pontes de Miranda a respeito da dicotomia direito expectativo e direito expectado.

Outro ponto interessante, ainda na visão de Encarnación, é sua indagação sobre se a obrigação condicional pressupõe uma expectativa jurídica. Para responder a essa questão, percebe a necessidade de duas outras perguntas: (i) na pendência já existe uma relação

⁴¹⁵“*Para De Castro, estas situaciones que hemos denominado de intermedias, deben ser bautizadas como situaciones jurídicas interinas y su razón de ser obedece a un intento de mejora de la doctrina de las expectativas jurídica, que estaba plagada de equívocos y errores por estar basada fundamentalmente en criterios cuantitativos – como los grados de desenvolvimiento del derecho o el número de requisitos que se acumulan en el supuesto de hecho – y no cualitativos. En su opinión, las modalidades que debemos entender incluidas en las situaciones interinas son las titularidades temporalmente limitadas; las situaciones carentes de firmeza; y las que aquí nos interesan, las situaciones jurídicas de pendencia.*” ENCARNACIÓN, Ana María de la. *El tratamiento de la expectativa en el derecho español, cit.*, p. 58.

⁴¹⁶Citada por Ana María de la Encarnación a expectativa de direito do nascituro. *El tratamiento de la expectativa en el derecho español, cit.*, p. 58. No entanto, a doutrina majoritária brasileira nega essa expectativa, espelhando a corrente concepcionista, como se vê em: “Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 2º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não, expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.” CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Orgs.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 622. Essa disceptação doutrinária demonstra como é difícil categorizar essas situações.

⁴¹⁷ENCARNACIÓN, Ana María de la. *El tratamiento de la expectativa en el derecho español, cit.*, p. 58.

⁴¹⁸*Id. Ibid.*, p. 85.

obrigacional? (ii) qual a qualificação jurídica correspondente ao poder do credor em exigir a efetividade da obrigação condicional?

À primeira, Encarnación responde que, a respeito do ponto mais elementar, não há dúvidas da existência de relação obrigacional, retomando o raciocínio óbvio, mas que nos parece central: a existência das medidas de conservação demonstra a existência de relação jurídica. A autora usa como apoio o artigo 1121 do Código Civil Espanhol⁴¹⁹, equivalente ao artigo 130 do Código Civil brasileiro.

Como resposta à segunda questão, Encarnación afirma que não há uniformidade em nível doutrinário, inclusive porque reconhece que “*considerar la existencia de derechos durante la fase de pendencia presupondría, de forma indirecta, otorgar la condición de derecho subjetivo a las expectativas jurídicas, si finalmente considerásemos que existen durante dicha fase.*”⁴²⁰. Se a autora não chega a uma resposta conclusiva sobre o tema, suas indagações são importantes para o que aqui se defende. O ponto não é a expectativa; a premissa adotada é a de que o fato jurídico é o único gerador de efeitos jurídicos. Portanto, aponta para uma **(meta) relação** jurídica autônoma, com identidade própria, que tem como propósito defender outra relação jurídica, defesa que se faz aparelhada de pretensão. Logo, como aqui se retoma para bem da coerência, há um direito subjetivo instrumental.

Toma-se a liberdade de responder, a partir de bases diferentes, a pergunta inicial da autora: a obrigação condicional pressupõe uma expectativa jurídica, mas de maneira estruturada como direito subjetivo, portanto, revestida de pretensão. Logo, a expressão direito expectativo de Pontes de Miranda é mesmo a melhor, porque abarca, em uma única designação, (i) a instrumentalidade da relação na fase de pendência, cujo sentido só existe em função da fase da condição verificada (ii) e, também, a estrutura aparelhada de pretensão exigível em juízo, sem o que não haveria medida de conservação nenhuma.

Igualmente Maria Astone, insistindo pelo ângulo da situação jurídica, afirma que a expectativa é uma situação subjetiva predisposta a tutela da posição das partes no período de formação progressiva da hipótese⁴²¹. No entanto, isso não explica completamente as

⁴¹⁹“Art. 1121. El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derechos. El deudor puede repetir lo que em el mismo tiempo hubiese pagado.”

⁴²⁰ENCARNACIÓN, Ana María de la. *El tratamiento de la expectativa en el derecho español*, cit., p. 87.

⁴²¹“Secondo il prevalente orientamento, l’aspettativa è una situazione giuridica soggetiva predisposta a tutela delle posizioni delle parti nel período della formazione progressiva di una fattispecie giuridica; come tale essa è una situazione diversa da quell’aspettativa di fatto, che rappresenta una mera attesa che non há in sé i caratteri propri della giuridicità.” ASTONE, Maria. *L’aspettativa e le tutele: contributo allo studio degli effetti preliminar nelle situazioni di pendenza*, cit., p. 25-26.

medidas de conservação, a incidência da boa-fé objetiva e a **ficção de realização** da condição.

No âmbito do Direito Brasileiro, contudo, é preciso enfrentar a discussão sobre a adoção da teoria do direito adquirido ou da situação jurídica, o que remonta ao debate sobre a teoria de direito intertemporal que se firmou em território nacional. A esse respeito, Filipe Antônio Marchi Levada, refazendo o percurso histórico da matéria no ambiente brasileiro, observa que

o direito intertemporal brasileiro experimentou uma simbiose entre uma e outra teorias, assumindo peculiaridades que não permitem resolver os conflitos de lei no tempo somente por esta ou por aquela doutrina. Ao resolver os problemas de direito intertemporal, o intérprete deverá partir do pressuposto de que a lei opera com efeito imediato – abraçando Paul Roubier -, mas não se olvidando de que este efeito encontra limite no direito adquirido – conforme o propugnava Carlo Francesco Gamba⁴²².

Enfim, inçada de dificuldades, ainda não tão decantada, a ideia de situação jurídica da fase de pendência demanda um debate mais intenso e aprofundado para estabelecer contornos mais precisos para o fenômeno. Daí, dentro dos estritos limites da presente investigação, retomando as premissas fundamentais para o negócio condicionado, tem-se que a figura que melhor explica a espécie é mesmo a do direito subjetivo, instrumental porque está a serviço de outro direito, dito final, mas estruturalmente igual àquele, com pretensão exercitável em juízo, mais do que tudo, porque o direito condicional integra o patrimônio do credor, tanto que admite cessão, como reconhecem a doutrina e a jurisprudência⁴²³.

⁴²²LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido*, cit., p. 17-18. A respeito da matéria, propugnando uma convergência das teorias do direito adquirido e da situação jurídica, confira-se: “Não vislumbramos incompatibilidade alguma entre as duas teorias em matéria de solução de conflitos intertemporais. A nosso ver elas se complementam, sobretudo na análise de situações conflituais concretas de caráter extrapatrimonial, difíceis de subsumirem-se à noção de ‘aquisição patrimonial’, mesmo em se tratando de ‘patrimônio moral’, como pretende Limongi França. Direito ao estado civil das pessoas ou os direitos inerentes às relações de família, por exemplo, não possuem expressão econômica intrínseca, pelo que fica difícil falar em direito adquirido como aquele incorporado ao patrimônio. Por outro lado, considerando que o direito adquirido não deixa de ser uma espécie do gênero direito subjetivo e que a todo direito subjetivo corresponde um dever jurídico, não há dúvida de que ele também integra a ‘situação jurídica’, esta composta, como já vimos, por um complexo de direitos e deveres.” DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196.

⁴²³Na doutrina, afirmando a transmissibilidade do direito expectativo: MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição ao estudo da eficácia do negócio jurídico *pendente conditione*, cit. p. 80. Ainda: “*El derecho del acreedor y la obligación del deudor, aunque pendiente conditione, forman parte de sus patrimonios y son susceptibles de cesión, novación y transmisión hereditaria.*” GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, cit., v. 4, p. 360. “*Lo mismo ocurre en la cesión condicional; el cedente es acreedor; puede disponer del crédito; puede adquirir derechos de prenda y fianza para su garantía.*” TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*, cit., v. 3, v. 3, p. 269. Em jurisprudência, interessante é a hipótese de cessão de direitos hereditários sob condição suspensiva que, caso não cumprida, gera a

Retomando a própria nomenclatura do artigo 130 do Código Civil, é certo que o dispositivo usa do substantivo “direito” aposto ao adjetivo “eventual”. Portanto, a estrutura de que se serve o nosso legislador é aquela do interesse juridicamente protegido, em que há dever exigível por pretensão.

Também em abono dessa posição, o artigo 5º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 (LINDB) é textual ao compreender como direito adquirido⁴²⁴ também aquele sob “condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. Nesse diapasão, a doutrina reconhece a intangibilidade do direito condicional pela lei nova, conforme Limongi França⁴²⁵ e Marcos Bernardes de Mello⁴²⁶.

Cumprir notar, como dito, que tal não implica antinomia com o preceito do artigo 125 do Código Civil: a convivência é perfeita. A norma da LINDB condiz com a intangibilidade por lei nova de direito já adquirido sob condição pré-estabelecida inalterável ao arbítrio de outrem, ou seja, vai ao encontro do direito expectativo de adquirir o direito expectado sem perturbação nenhuma; a fase de pendência, ela em si, gera o direito de que o credor veja seu

caducidade do ato: “Agravamento de instrumento – Inventário – Cessão de direitos hereditários sob condição suspensiva – Possibilidade – Não implemento da condição – Caducidade do ato – Cessões particulares posteriores – Ineficácia – Necessidade de observar a firma prescrita em Lei – Recurso improvido.” TJSP, Agr. Instr. n. 0210895-22.2012.8.26.0000, 7ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Luiz Antonio Costa, j. 27.02.2013.

⁴²⁴Diga-se, no entanto, que o conceito de direito adquirido sofre acerbas críticas, alegando sua vacuidade conceitual e sua utilização meramente retórica. DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência*, cit., p. 189. O direito adquirido, no entanto, afirma-se como um elemento contra a prepotência do Estado e de interesse social na confiança que a lei deve inspirar. Isso considerando que, no passado já se aventou a retroatividade como regra, diante da predominância do interesse público sobre o privado e da soberania da lei. *Id. Ibid.*, p. 81-82. No original francês de Ch. Aubry e Ch. Rau: “*En principe, toute loi nouvelle s’applique même aux situations ou rapports juridiques établies ou formes dès avant sa promulgation. Ce principe est une conséquence de la souveraineté de la loi et de la prédominance de l’intérêt public sur les intérêts privés. Toutefois, ce principe doit faire place à la règle contraire de la non-retroactivité des lois, dans les cas où son application serait de nature à entraîner la lésion des droits que des particuliers auraient individuellement acquis, en ce qui concerne leur état ou leur patrimoine. C’est cette règle que les rédacteurs du Code Napoléon ont entendu formuler dans l’art. 2 de ce Code.*” AUBRY & RAU. *Cours de droit civil français*; d’après la méthode de Zacharie. 4. ed. Paris: Cosse, Marchal & C., 1869. t. 1, p. 57-58.

⁴²⁵[...] 14. Assim também os Direitos sob condição. Com efeito, cumpre assinalar que: a) inexistência de incompatibilidade entre a noção de Direito Adquirido e as relações condicionadas; b) não há contradição, nesta matéria, entre a Lei Preliminar e o corpo do Código (arts. 74, 118, 113, 953, 1.065). 15. São adquiridos os direitos condicionados, tanto sob condição resolutiva como suspensiva.” FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*, cit., p. 542-543.

⁴²⁶No ponto, Mello obtempera acerca da relação jurídico-condicional “ser direito adquirido (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, §2º), donde estar imune a alterações posteriores da lei. A norma jurídica não retroagirá para prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, consoante prescreve o artigo 153, §3º, da Constituição Federal. Evidentemente que a relação jurídica condicional não pode ser prejudicada por legislação editada posteriormente ao seu nascimento. As normas jurídicas que a regem são as vigentes na data em que se efetivou o negócio jurídico condicional; não a que estiver vigendo à época do implemento da condição.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Contribuição ao estudo da eficácia do negócio jurídico pendente conditione*, cit. p. 82.

fluxo e o seu acontecimento transcorrer normalmente, regida a hipótese apenas pela futuridade e incerteza da condição.

A norma do artigo 125 do Código Civil, de seu turno, concorda com o direito expectado, ou seja, com uma pretensão ao interesse final do credor condicional. Nesse caso, pensando no direito pessoal, o crédito ainda não se adquiriu. Aqui vale destacar Rubens Limongi França que detalha essa distinção:

Finalmente, quarto, é preciso não confundir aquisição de direito em relação às partes contratantes, e *Direito Adquirido*, para fins de incidência de lei nova. No primeiro caso, predomina o interesse particular; no segundo, o social. Naquele, a questão fundamental é saber a que patrimônio pertence o direito, se do alienante, se do adquirente; neste, o problema que se coloca é o da estabilidade das relações jurídicas, à face do conflito entre a lei nova e a lei do tempo do negócio. Nada impede pois que, sem contradição, o legislador tenha um determinado conceito para a primeira hipótese, e outro para Direito Adquirido, relativamente à segunda⁴²⁷.

Ainda, com o perdão da insistência, acerca da intangibilidade do direito expectativo em relação a alterações legislativas supervenientes, cumpre citar recente acórdão do STJ que trata da cláusula de reversão em favor de terceiros em doação efetuada sob a vigência do Código Civil de 1916 (que, nos termos do artigo 1.174, não vedava textualmente a cláusula, liberando-a, portanto)⁴²⁸, mas operado o fato condicionante da reversão já sob a vigência do Código Civil de 2002 (que proíbe a cláusula de reversão, nos termos do art. 547, parágrafo único)⁴²⁹.

No que interessa ao ponto, a ementa do acórdão, de relatoria da Ministra Nancy Andriahi, veio assim:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO INTERTEMPORAL. DOAÇÃO. OMISSÕES. AUSÊNCIA. PACTO SUCESSÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. DOAÇÃO INOFICIOSA. NÃO OCORRÊNCIA. CLÁUSULA DE REVERSÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. VALIDADE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. DOAÇÃO COM CLÁUSULA DE REVERSÃO EM FAVOR DE HERDEIROS DO DONATÁRIO. IMPLEMENTO DA CONDIÇÃO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE REVERSÃO.

1. Recurso especial interposto em 29/3/2019 e concluso ao gabinete em 18/2/2021.

2. O propósito recursal consiste em dizer se: a) o acórdão recorrido padece de omissões; b) é válida a doação com cláusula de reversão em favor de terceiro celebrada sob a vigência do CC/1916; c) a cláusula de reversão estipulada em benefício de apenas alguns dos herdeiros do donatário é eficaz na hipótese em que a morte deste se verificar apenas sob a vigência do CC/2002; d) estaria

⁴²⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*, cit., p. 457-458. Com ele: DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 125. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, cit., 2010, p. 110.

⁴²⁸“Art. 1.174. O doador pode estipular que os bens doados volte ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário.”

⁴²⁹“Art. 547. O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro.”

caracterizado, na espécie, pacto sucessório, vedado tanto pelo CC/1916, quanto pelo CC/2002; e e) estaria cristalizada, na hipótese dos autos, doação inoficiosa.

3. Na hipótese em exame é de ser afastada a existência de omissões no acórdão recorrido, à consideração de que a matéria impugnada foi enfrentada de forma objetiva e fundamentada no julgamento do recurso, naquilo que o Tribunal *a quo* entendeu pertinente à solução da controvérsia.

4. Na hipótese dos autos não se está diante de vedado pacto sucessório, porquanto: a) o objeto do contrato de doação é direito subjetivo patrimonial integrante da esfera jurídica do doador, não representando herança de pessoa viva; e b) considerar a cláusula de reversão em favor de terceiro como hipótese de *pacta corvina* implicaria, como corolário lógico, a vedação de reversão dos bens doados ao próprio doador, situação expressamente permitida pela legislação.

5. Não está caracterizada doação inoficiosa, pois: a) os herdeiros beneficiados pela cláusula de reversão não receberam o bem a título de doação, mas sim por efeito da referida cláusula, não existindo, portanto, sucessividade, mas simultaneidade; b) a legitimidade e o interesse para, eventualmente, contestar a referida doação por considerá-la inoficiosa seria dos herdeiros do doador, não do donatário; e c) o recorrente sequer era nascido ao tempo da celebração do contrato, devendo-se prestigiar a liberalidade do doador.

6. É válida e eficaz a cláusula de reversão estipulada em benefício de apenas alguns herdeiros do donatário, mesmo na hipótese em que a morte deste se verificar apenas sob a vigência do CC/2002.

7. Recurso especial conhecido e não provido⁴³⁰

Enfim, como bem nota Augusto César Lukaschek Prado, comentando o acórdão transcrito, o direito expectativo ainda é uma figura pouco tratada na doutrina e com pouco manejo nos julgados, apesar de sua franca utilidade prática. É daqueles temas que merecem desenvolvimento dogmático muito mais profundo na literatura jurídica brasileira⁴³¹.

3.1 Pendência e preliminaridade

Para tratar da fase de pendência, é preciso, antes, distingui-la da preliminaridade. São diferentes e devem ser tratadas como tal. Possuem, ao menos do direito pátrio, regimes jurídicos diferentes.

⁴³⁰STJ, REsp n. 1.922.153/RS, 3ª T., rel. Min^a. Nancy Andrighi, j. 20.04.2021, DJe 26.04.2021, RSTJ vol. 263, p. 485.

⁴³¹O autor bem diferencia o direito expectativo da mera expectativa, demonstrando trabalhar com uma categoria jurídica autônoma que não se confunde com o direito futuro visado, mas, verdadeiramente como um direito de aquisição. Vale reproduzir trechos finais de seus comentários a esse respeito, pela agudeza da análise: “Assim, pode-se concluir que o direito expectativo não é efeito preliminar, provisório ou intermístico, mas sim efeito definitivo de fato jurídico. Definitivo no sentido de que existirá até a aquisição do direito a que visa (direito expectado), cumprindo sua finalidade, ou até ser extirpado do Mundo do Direito pelos instrumentos predispostos a este fim. [...] O direito expectativo, portanto, muito embora seja posição jurídica objeto de escassos estudos em direito nacional, é digno de tutela jurídica própria, como demonstrado pelo julgamento ora comentado, não apenas porque, em certo sentido, já representa verdadeiro direito adquirido, pois já integra a esfera jurídica de seu titular, mas, sobretudo, porque a sua tutela conduz à tutela do próprio direito expectado.” PRADO, Augusto César Lukaschek. STJ – Recurso Especial 1.922.153/RS. Comentário, *cit.*, p. 474.

A pendência possui a interinidade como signo distintivo, já a preliminaridade é prelúdio para algo final, seu signo distintivo é a progressividade. Se é certo que há uma multiplicidade de situações de pendência que refletem, para alguns, na impossibilidade de uma teoria geral, também é certo que se evidencia um aspecto essencial na pendência, a não coincidência entre o tempo da formação e o tempo da produção de parte substancial dos efeitos típicos⁴³².

Na pendência, não há formação progressiva, a formação já se apresenta completa, apenas pendente, no plano da eficácia, da ocorrência do fato futuro e incerto (condição-fato) ou futuro e certo (termo). A estrutura da obrigação a ser tornada pura e simples está completa e independe de vontade das partes, que, aliás, não devem interferir na ocorrência da condição ou termo.

De seu turno, a preliminaridade tem como signo distintivo a **progressividade**. Com efeito, a posição de preliminaridade possui como característica marcante o fato de que a prestação do contrato preliminar é a declaração de vontade formativa do contrato definitivo. Não há aí, interinidade da obrigação. Nada está pendente no plano da eficácia (caractere central da pendência). Simplesmente acontece que a prestação, o ato devido do contrato preliminar, é a constituição de outro negócio jurídico já definitivo, com a necessária manifestação de vontade. Não há uma obrigação cuja eficácia esteja suspensa, a depender de uma variável futura (certa ou incerta), para que a obrigação seja pura e simples.

A obrigação do contrato preliminar já é pura e simples, suas consequências no plano da eficácia já são bastante mais palpáveis, começando pela possibilidade de exigir judicialmente a celebração do contrato definitivo (art. 463, *in fine*, do Código Civil), passando para o suprimento da vontade da parte inadimplente pelo juiz (art. 464, do Código Civil) e, ao fim, chegando até as perdas e danos (art. 465, do Código Civil).

Assim, a posição de pendência possui como característica a futuridade, à medida que somente se adquire o interesse tutelável do direito subjetivo final (expectado), a partir de dado acontecimento certo (termo) ou incerto (condição). Já no contrato preliminar não há

⁴³²AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, *cit.*, p. 232. Vale ainda observar que a fase de pendência é um prelúdio aos efeitos obrigacionais, logo, discutir essa etapa implica discutir um regime jurídico próprio que não aquele do inadimplemento contratual normal correspondente da obrigação pura e simples, o qual pressupõe, desde logo, eficácia gerando pretensões descumpridas e exigíveis. Sobre: LATINA, Mathias. *Essai sur la condition en droit des contrats.*, *cit.*, p. 314 e ss. Também, tratando dos domínios distintos entre a condição e a obrigação: MILHAC, Olivier. *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *cit.*, p. 254 e ss. Isso, contudo, não significa a inexistência de obrigações próprias da fase de pendência, calcadas na pretensão gerada pelo direito expectativo, a começar pela obrigação negativa de não interferir no fato condicionante. No entanto, atuam em um nível diferente do incumprimento contratual, cuidando-se de um regime típico previsto para o negócio *pendente conditione*.

essa futuridade para a aquisição do direito: o direito do contratante é a prestação de uma declaração de vontade para o contrato final. A obrigação não necessita de evento futuro para ser eficaz, já o é, embora sua própria prestação refira-se à celebração de um novo contrato. A condição desloca parte da eficácia no tempo; o contrato preliminar não, inclusive, a teor do artigo 462 do Código Civil, “contém todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.”

Nesse ponto, ainda, o descumprimento inerente à situação de pendência condiz com a interferência no sucesso do evento futuro e incerto ou o ataque à higidez do direito expectado. Tal descumprimento tem como consequência a aplicação do artigo 129 do Código Civil, considerando-se verificada a condição “cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer” ou, ao contrário, considerando-se não verificada “a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.”

Em relação à preliminaridade, em caso de inadimplemento da obrigação de fazer o contrato principal, tem como consequência preferencial a tutela específica de substituição da vontade da parte pelo Estado-Juiz⁴³³ ou, no limite, a conversão em perdas e danos, chamando a lume a distinção entre interesses contratuais positivo e negativo, conforme seja o caso de conservar as consequências do contrato ou retornar ao estado anterior.

Em verdade, são formas de lidar com o risco: (i) a condição, um passo antes protraindo parcialmente a eficácia do negócio condicionado; (ii) o contrato preliminar, criando um dever de prestar consistente na declaração de vontade do contrato principal.

Para o bem da pacificação social e do atendimento dos fins sociais da lei, muito embora o contrato preliminar não dê direito a coisa em si, mas a obter uma outra declaração de vontade, oportuno reportar a seguinte solução dada em caso concreto pelo TJSP:

Execução específica (art. 501 do CPC). Embora esse instituto tenha sido criado para resolver o domínio de promessas de venda e compra, serve, igualmente, para concluir contratos (negócio base) documentado por escritura pública imperfeita ou com falhas de documentos que os vendedores não complementam. O fato é que o título não consegue acesso ao registro e impede a transmissibilidade do domínio que outorga o direito real de propriedade (art. 1227 do CC). Instabilidade que não se justifica em virtude do tempo de posse (desde 1994) e que elimina qualquer obstáculo para tutela do direito de aquisição. Provimento para julgar procedente a ação e adjudicar o imóvel para os autores, servindo a sentença de título⁴³⁴.

⁴³³“A hipótese de direito material, em que mais comumente se faz presente a tutela específica em questão, é desenganadamente a do compromisso de compra e venda, pré-contrato de que resulta a obrigação de prestar declaração de vontade relativa ao contrato principal. Como se sabe, a matéria é regulada por diferentes diplomas legais, merecendo destaque as disposições contidas no Decreto-Lei 58/37, no Decreto 3.079/38 que regulamentou o diploma legal anterior, bem como nas Leis 649/49 e 6.766/79. Neles a referência à tutela específica (‘execução específica’) é expressa.” YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 124.

⁴³⁴TJSP, Apel. Cível n. 1012810-81.2018.8.26.0576, 4ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Enio Zuliani, j. 08.07.2022.

A hipótese cuidava de uma ação de obrigação de fazer, visando à execução específica para obtenção de domínio de imóvel urbano adquirido por escritura pública, sendo que, a tentativa de registro da escritura foi malograda com nota de devolução do serviço imobiliário. A sentença recorrida apontou, de seu turno, que os autores ao invés de atender às exigências feitas pelo oficial de registro de imóveis local, buscaram socorro no artigo 1.417 do Código Civil e artigos 15 e 16 do Decreto-lei n. 58/1937.

Daí, observou-se, em tirocínio adstrito a letra da lei, que nenhum desses dispositivos era aplicável ao caso, porquanto já havia escritura pública de compra e venda do imóvel; além disso, também pela existência da escritura já lavrada, concluiu-se que era “descabido falar-se em recusa de outorgar de escritura definitiva porque as partes efetivamente celebraram um contrato de compra e venda do imóvel por meio de escritura definitiva”⁴³⁵. Julgou-se o processo extinto sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir do artigo 485, VI, do CPC.

Já o TJSP, em visão enriquecida de uma perspectiva funcional do instituto da execução específica, observou com rigor metodológico, que: (i) com efeito, numa primeira mirada, “o espírito da norma ou da antiga adjudicação compulsória (do Decreto-58/1937 e atualmente art. 501 do CPC) é tutelar o compromissário comprador que não consegue obter o domínio (art. 1227 do CC) porque lhe falta a escritura definitiva prevista no art. 108 do CC”; (ii) no entanto, isso não elimina a possibilidade de contemplar a situação dos apelantes, com apoio em raciocínio retirado da doutrina de Alcides Tomasetti Jr., escorado numa **valoração positiva da conveniência da conclusão do contrato**; (iii) por fim, a expressão “título”, que fundamenta a adjudicação em juízo, no caso de falta de acesso ao registro, deve considerar que, se o título é falho ou necessita de complementação, tal constitui-se em obrigação do vendedor e, caso haja recusa em cumpri-la, em concluir o contrato com eficiência, isso enseja execução específica, pois, quem quer título, quer título perfeito para os efeitos que dele decorrem, sem isso, a obrigação está descumprida.

Especificamente sobre a remissão a Alcides Tomasetti Jr., vale citar o original, com base nos artigos 639 e seguintes do CPC/73:

O relacionamento dicotômico contrato preliminar-contrato definitivo – desde a reformulação, pelos arts. 639-641 do Código de Processo Civil vigente, do §2º ao art. 1006 do Código revogado – passou a ser uma tricotomia.

Nessa tricotomia há um elemento constante, que é o contrato preliminar, e dois outros elementos que se acham em relacionamento alternativo para com o primeiro; estes elementos são o contrato definitivo e a sentença do art. 639. No

⁴³⁵ 1ª Vara cível da Comarca de São José do Rio Preto, processo n. 1012810-81.2018.8.26.0576, Juiz de Direito Dr. Sandro Nogueira de Barros Leite, j. 17.01.2022.

âmbito de atuação legalmente previsto para esta providência jurisdicional, o magistrado, “*sendo isto possível e não excluído pelo título*”, pode promover o desfazimento da reserva de complementação, aperfeiçoando os acordos residuais em aberto e projetando, do negócio-base substantivamente arrematado, os efeitos jurídicos que se produziriam com a conclusão acabada (não é tautológico) do contrato definitivo (v. *ultra* §14).

Dessa perspectiva, impõe-se à consideração, no estudo do contrato preliminar, toda uma dimensão processual que passou a ser componente indissolúvel da problemática que é própria da categoria.

Integrante, também desse ponto de vista, é a colocação do juiz como “executante” do contrato preliminar, num sentido que se aproxima (mas não se identifica) com o adimplemento negocial, quando menos porque são diferentes os pressupostos do contrato definitivo e da sentença *ex art.* 639: o contrato definitivo tem pressuposto positivo, ou seja, o cumprimento do dever de conclusão, ou de complementação e conclusão; a sentença *de qua* tem pressuposto negativo, isto é, a falta de implemento do dever de conclusão, ou de complementação e conclusão. Dá-se, porém, coincidência no plano dos efeitos⁴³⁶.

Por fim, segundo Francesco Messineo, no geral, o contrato preliminar serve para vincular uma ou as duas partes, conforme o negócio seja unilateral ou bilateral, em um momento em que não é possível estipular o definitivo, ou que as partes entendam inconveniente fazê-lo, seja porque uma determinada situação econômica não está madura, seja porque o contrato tem por objeto coisa futura. Logo, confirma-se que se trata de outra forma de abordar eventos futuros e incertos vinculando-os a um **projeto contratual** final⁴³⁷.

Assim, como obtempera Alcides Tomasetti Jr., há um desejo de quem faz um pré-contrato ou contrato preliminar, de definir os termos essenciais da operação econômica futura, mas, por outros motivos, não se pretende desde logo a produção desses efeitos jurídicos. No entanto, como as partes também querem a certeza desses efeitos, não confiando seu implemento apenas na boa vontade e senso ético da contraparte, “tratam de atribuir-lhe a armadura de um vínculo jurídico”⁴³⁸.

Sem embargo, como visto, no negócio condicionado há um automatismo que não se encontra no contrato preliminar; o primeiro está com efeitos pendentes de fato futuro e incerto fora do controle das partes, já o segundo veicula uma pretensão consistente em uma obrigação de fazer o contrato principal, sendo que atuação do juiz, supletivamente, suprindo esses vínculos

⁴³⁶TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*. 1982. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 41-42.

⁴³⁷MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial: derecho de las obligaciones: parte general*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. t. 4, p. 468. A expressão projeto contratual parece adequada porque o contrato preliminar, a depender do grau de preliminaridade, deixará ainda pontos em aberto a serem completados por ulterior vontade das partes. A expressão **projeto contratual** tomamo-la de Giovanni CARRARA, que fala num *progetto* na fase de pontuação. CARRARA, Giovanni. *Formazione dei contratti*. Milano: Francesco Vallardi, 1915. p. 18. Com efeito, nessa etapa, ainda não há programa contratual, há apenas um devir.

⁴³⁸TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*, *cit.*, p. 5.

“pode servir-se de todos os meios, legais e extralegais, desde que eticamente legítimos, para apurar (e não adivinhar) o conteúdo provável dos negócios jurídicos em aberto”⁴³⁹.

No negócio condicionado, enfim, essa atividade supletiva a rigor não existe. Tudo está lá, apenas pendente de fato futuro e incerto. Com efeito, a reserva de complementação inexistente no negócio condicionado, tanto assim que a presunção de verificação da condição quando **maliciosamente obstada** ou, seu inverso, a presunção de não verificação da condição maliciosamente levada a efeito acionam efeitos jurídicos que não dependem de atuação integrativa do juiz, muito diferente da temática da execução do contrato preliminar, cuja finalidade é a conclusão de um outro contrato, o definitivo⁴⁴⁰.

Outro diferencial fundamental é que, na fase de pendência, há uma concorrência de direitos que não se encontra no contrato preliminar. Na condição suspensiva, o comprador tem a expectativa de adquirir a titularidade do direito (direito expectativo), já dotado de medidas de conservação, porém, o vendedor ainda detém a propriedade interinamente até a ocorrência da condição, podendo exercer os atributos do domínio desde que compatíveis com a condição aposta. Na condição resolutiva, o comprador, desde logo, adquire a titularidade do direito (direito expectado) e, ao vendedor alienante, subsiste um direito à reaquisição do bem (direito expectativo), caso ocorra o fato condicionante que, no mais das vezes, na venda resolúvel, dá-se com pagamento integral do preço.

Os artigos 126 e 128 do Código Civil tratam exatamente dessa tensão entre direitos coetâneos e opostos para o mesmo bem jurídico – o 126 para a condição suspensiva e o 128 para a condição resolutiva. O próprio debate sobre a irretroatividade existe para resolver esse problema⁴⁴¹ típico da pendência, não da preliminaridade, conforme se verá adiante.

3.2 Pendência da condição suspensiva

É oportuno observar que a fase de pendência não teve, no direito pátrio, o tratamento específico e detalhado encontrado em outras legislações. Esse laconismo abre um espaço grande para a pesquisa, porquanto apenas as previsões concernentes ao tratamento do ato

⁴³⁹TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*, cit., p. 262.

⁴⁴⁰PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. 2013. Tese (Livre Docência em Direito Privado e Processual Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 188.

⁴⁴¹Ferindo o ponto, confira-se que a retroatividade apenas é admitida como um procedimento técnico para explicar certos efeitos do ato (*rectius*: negócio) condicional. Ver: CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil: notions générales*, cit., p. 349.

jurídico perfeito e do direito adquirido não cobrem toda a matéria, especialmente o regime de pendência para a condição e o termo e as correlatas medidas de conservação que não podem ser totalmente iguais para cada caso, como, aliás, não podem ser iguais inclusive entre a condição suspensiva e a resolutiva.

Nesse sentido, vale destacar o que trazem as Ordenações Filipinas sobre o período de pendência⁴⁴². Tratando dos sistemas de retroatividade, Francisco Amaral observou que não existe naquele diploma disposição específica sobre as condições. Entretanto, a condição

⁴⁴²Conforme já se anotou, a história do direito brasileiro compreende a vigência ininterrupta, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, cit., p. 3. As Ordenações Filipinas constituíram a base do direito privado português e brasileiro durante largo período. Sobre suas características: “Promulgadas em 1603, durante o domínio castelhano em Portugal, e confirmadas por D. JOÃO IV em 1643, depois da Restauração da Independência, estas Ordenações apresentavam-se, porém, mais antiquadas e defeituosas do que poderia indicá-lo a sua ‘certidão de idade’. Apresentavam-se antiquadas, porque a preocupação de respeitar a tradição jurídica portuguesa absorveu de tal forma o espírito dos seus compiladores — a fim de evitar possíveis descontentamentos que elas nasceram, pode dizer-se, já envelhecidas: em vez duma codificação progressiva e totalmente refundida, como as necessidades da época exigiam, as Ordenações Filipinas surgiram para a história como uma simples versão atualizada das Manuelinas, como estas já tinham sido uma simples atualização das Afonsinas. Modificadas na redação e na forma, as Ordenações de FILIPE II conservam, assim, em toda a sua estrutura, o espírito das anteriores, constituindo, verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos Tempos Modernos. Mas, além de antiquadas, as Ordenações eram, sobretudo, defeituosas — A falta de clareza da linguagem, as contradições freqüentes, a prolixidade dos preceitos legislativos, eram ainda, e apesar de tudo, os menores dos seus defeitos, pois a todos eles se vinha juntar — e esse sim de enorme gravidade — o caráter extremamente lacunoso das suas disposições. Esse defeito, patente em todos os cinco livros do nosso Código fundamental, é sobretudo notório no campo do direito privado: há capítulos inteiros do direito civil em que as Ordenações são totalmente omissas, e outros em que, só através de alguma disposição esporádica, se pode vislumbrar quais as idéias mestras que o legislador teve em mente.” CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 50, p. 35, 1955. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66222>. Acesso em: 2 nov. 2021. A legislação lacunosa, as soluções erráticas, tudo isso explica o porquê de, antes de mais nada, exigir-se uma consolidação das leis civis (ao cargo de Teixeira de Freitas), como prelúdio de uma codificação, tal como observou Monteiro: “Na Constituição de 25 de março de 1824 se continha explícita promessa não só de Código Civil, como também de Código Comercial, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade. Assim se expressava, de modo enfático, o artigo 179, n. 18. Representavam as Ordenações, como se adiantou, a principal fonte do direito brasileiro. Lacunosas e incompletas, porém, devido às poucas luzes de seus autores, tinham sido elas, paulatinamente, alteradas por copiosa legislação suplementar. O direito em vigor transformara-se em massa disforme, confusa, caótica, em que se sucediam alvarás, decretos, estilos, provisões e a imensa congêrie de leis avulsas e extravagantes. Seria preciso antes de mais nada, pôr ordem nesse estado de coisas, impregnado de insegurança e incerteza. Como primeiro passo para a almejada codificação, acreditou-se que inicialmente se impunha a prévia consolidação das leis civis, em que se reduzissem as mesmas Ordenações e mais leis subsequentes a preceitos claros, singelos, ordenados, em consonância com os reclamos da consciência. Dêse ingente trabalho preparatório encarregou-se TEIXEIRA DE FREITAS, que ainda não contava com quarenta anos de idade. O contrato foi firmado com o Governo Imperial a 15 de fevereiro de 1855, convencionando-se prazo de três anos para apresentação do trabalho. Realmente, dentro do termo prefixado, TEIXEIRA DE FREITAS desimcubia-se da missão que se lhe cometera, oferecendo sua famosa Consolidação das Leis Civis, composta de 1.333 artigos, e que se constituía no extrato fiel da legislação em vigor. Estava a mesma fadada a converter-se, na frase de SPENCER VAMPRÉ, no ‘padrão mais alevantado da história da nossa codificação’, ou no ‘mais belo edifício do nosso direito.’” MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 62, n. 2, p. 310, 1967. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66526>. Acesso em: 7 nov. 2021.

era tratada “em matéria de compra e venda e de legados, sem incidência da retroatividade”⁴⁴³. O problema pesquisado concernia à retroatividade ou não da condição, tendo anotado o autor que no caso de venda e compra sob condição de se desfazer mediante a devolução do preço pelo vendedor, do que o pacto adjeto de retrovenda é reminiscência⁴⁴⁴.

Na obra “Consolidação das Leis Civis”, Augusto Teixeira de Freitas organizou e espelhou toda a legislação da época, reduzindo-a a preceitos claros. Nessa obra, encontram-se reflexos das ordenações, sendo que, exatamente como nas ordenações, a condição é tratada na compra e venda, estabelecendo-se no artigo 512 que “na venda condicional o contracto não é perfeito senão depois de cumprida a condição”⁴⁴⁵.

Essa visão da época, sem divisar planos, repercute na questão das perdas da coisa vendida, em pendência de condição. Se o contrato não é perfeito enquanto não cumprida a condição, a regra é *res perit domino*, utilizando o regime geral das obrigações de dar. Daí que o artigo 538 encampou previsão das Ordenações (Ord. Filip., Livro 4, T. VIII, §§1º e 2º), estabelecendo previsões até certo ponto contraditórias, divisando nas vendas condicionais (condição suspensiva)⁴⁴⁶, cuja reprodução interessa:

Art. 538. As questões sobre a pêrda da cousa vendida antes da sua entrega serão decididas pelas seguintes regras:

§1º. Nas vendas condicionaes a perda total, pendendo a condição, será por conta do vendedor;

⁴⁴³AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, cit., p. 184.

⁴⁴⁴“Da venda de bens de raiz, feita com condição, que tornando-se até certo dia o preço, seja a venda desfeita. Lícita cousa he, que o comprador e vendedor ponham na compra e venda, que fizerem qualquer cautela, pacto e condição, em que ambos acordarem, com tanto que seja honesta e conforme a Direito: e por tanto se o comprador e vendedor na compra e venda se acordassem, que tornando o vendedor ao comprador o preço, que houvesse pela cousa vendida, até tempo certo, ou quando quisesse, a venda fosse desfeita, e a cousa vendida tornada ao vendedor, tal avença e condição, assi acordada pelas partes val: e o comprador, havendo a cousa comprada a seu poder, ganhará e fará cumpridamente seus todos os fructos e novos, e rendas, que houver da cousa comprada, até que lhe o dito preço seja restituído.” PORTUGAL. *Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal*: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Filipe I. Ed. fac-símilar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona de Coimbra, de 1821 / por Cândido Mendes de Almeida. Brasília-DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012. p. 781-782. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562747>. Acesso em: 07 nov. 2021. Afirmando ser um antecedente da cláusula de retrovenda: AMARAL, Francisco. Brasil 500 anos: influência do direito português no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 89, 2000. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20FRANCISCO%20AMARAL%20-%20Brasil.%20500%20Anos.%20Influ%20%20C3%Aancia%20do%20Direito%20Portugu%C3%AAs%20no%20Direito%20Brasileiro.pdf>.

⁴⁴⁵FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Pref. de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília-DF: Senado Federal; Conselho Editorial, 2003. p. 583. (Coleção história do direito brasileiro. Direito civil; 1). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>.

⁴⁴⁶O próprio autor comenta em nota afirmando: “Trata-se da condição suspensiva. Sendo a condição resolutiva, a pêrda antes acontecida pertence ao comprador. O Cod. do Com. no Art. 207 não faz esta exceção, e por certo não a-fêz por estar subtendida, tendo dito no Art. 1919 que nas vendas condicionaes o contracto não se-reputa perfeito senão depois de cumprida a condição. Se neste caso o contracto não está perfeito, segue-se, que a pêrda total da cousa vendida é por conta do vendedor.” *Id. Ibid.*, p. 594, nota (31).

§2º. Mas a perda parcial, ou a deterioração, pendendo a condição, será por conta do comprador, salvo se da parte do vendedor houver mora na entrega;
[...]

Interessante anotar acerca que o próprio Freitas observou a aparente contradição na distinção de tratamentos entre a perda total e a perda parcial na pendência da condição suspensiva. O autor justificou-se simplesmente pelo princípio da retroatividade⁴⁴⁷.

No seu “Esboço”, Teixeira de Freitas foi pródigo ao tratar do tema da condição, que consta no Capítulo 2º “Dos actos jurídicos”, §1º “Dos modos de expressão nos actos jurídicos”, subitem 1º “Das condições”. A riqueza de detalhes impressiona e as previsões sobre as condições vão do artigo 567 ao artigo 634, com a seguinte subdivisão: (i) Das condições (arts. 567/586); (ii) Da condição causal (arts. 587/590); (iii) Da condição potestativa (arts. 591/596); (iv) Da condição suspensiva (arts. 597/609); (v) Da condição resolutiva (arts. 610/616); (vi) Das condições cumpridas (arts. 617/628); (vii) Das condições que se reputam cumpridas (art. 629); (viii) Das condições não cumpridas (arts. 630/631); (ix) Das condições proibidas (arts. 632/634)⁴⁴⁸.

Para a fase de pendência, Freitas previu o seguinte tratamento, deixando claro que as medidas de conservação abarcavam a condição suspensiva e a resolutiva⁴⁴⁹. Vejam-se os artigos 600 e 611 do “Esboço”:

Art. 600. É permitido ao titular do direito eventual:

1º. Requerer que a parte obrigada lhe preste caução suficiente, sendo que o direito tenha por objeto o pagamento de cousas fungíveis (art. 357), ou a entrega de cousas móveis em geral.

2º. Em falta da caução exigida, requerer que se proceda á embargo para segurança de sua aquisição, quando a condição venha a cumprir-se.

Art. 611. O titular da resolução eventual, enquanto pender a condição, poderá requerer contra o restituinte as medidas conservatórias do art. 600 nos casos, e pelo modo, que ali se-tem prevenido.

A estruturação do artigo 600 observa uma divisão, pela qual, o parágrafo 1º trata da medida de direito material, sem especificar o tipo de caução, logo, parece comportar tanto a

⁴⁴⁷ “[...] Esta regra sobre a perda parcial, ou deterioração, da coisa vendida parece implicar contradição com a regra anterior do caso de perda total; mas ella justifica-se pelo principio de que a condição cumprida tem efeito retroactivo ao dia, em que o contracto foi feito, como se este tivesse sido puro e simples. Em matéria commercial, já que o nosso Cod. do Com. é omisso, prevalece esta regra? Creio que sim, já porque a theoria do Cod. sobre a compra e venda é a mesma do Direito Civil, já porque o Direito Civil é subsidiário da legislação commercial – Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 2º.” FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis, cit.*, p. 595, nota (32).

⁴⁴⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Typ. Univ. de Laemmert, 1860. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=p70GAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true.

⁴⁴⁹ *Id. Ibid.*, p. 331-333.

caução **real** quanto a **fidejussória**; no parágrafo 2º, tem-se, então, a medida de direito processual consistente no “embargo para segurança de sua aquisição”.

Também chama a atenção o cuidado analítico de Freitas, tratando da condição cumprida, de distinguir cada espécie, considerando-a cumprida ou não cumprida, o que já demonstrava a noção de que a interinidade do período de pendência gera problemas, sendo assim antinatural ao destino das obrigações, que é o de se cumprirem, realizando sua completa eficácia. Fica evidente Freitas tratava o cumprimento da condição, não como um evento simplesmente naturalístico ligado à eclosão ou não do fato futuro e incerto, mas como um tema de qualificação jurídica propriamente dito. A divisão, a propósito do tema, demonstra o tratamento lógico dado pelo autor. São quinze artigos, ao todo, cuja ordem de exposição abrange “das condições cumpridas”; “das condições que se reputam cumpridas”; “das condições não cumpridas”.

Ainda sobre Teixeira de Freitas, irresistível um comentário lateral, apenas confirmando a visão privilegiada do autor, pelo que se nota bastante à frente do seu tempo. O artigo 561 do “Esboço” já remetia a um problema atemporal – a divergência entre declaração e intenção – de uma maneira funcional, muito antes da entronização da **função social dos contratos**. Veja-se a solução proposta pelo dispositivo: “Art. 561. Se as partes se – enganarem, dando aos actos ou disposições uma denominação impropria, que não seja a da lei; nem por isso deixarão os actos e disposições de valêr, uma vez que a intenção das partes ou disponentes seja susceptível de realizar-se.”

Retornando ao cerne, na pendência da condição suspensiva os efeitos do negócio são protraídos, na dependência do fato futuro e incerto. O exercício do direito, portanto, ainda não é possível.

Todavia, como evidenciado, existe outro direito instrumental que nasceu com o negócio condicionado: o direito expectativo e, aqui, retomando a precisão ponteana, ele existe e é válido. A questão que paira, entretanto, é o protraimento de seus efeitos típicos (condição suspensiva), ou então, o protraimento da extinção dos seus efeitos (o que, como visto, poderia equivaler a uma condição suspensiva do direito de reaquisição).

Não há dúvida da existência de relação jurídica, derivada de fato jurídico, na fase de pendência, sem essa premissa seria completamente fora de propósito afirmar a existência de medidas de conservação, pois, conserva-se aquilo que existe e não o contrário.

Agora, é preciso definir a extensão, o alcance dos efeitos, da condição suspensiva *pendente conditione*, inclusive divisando a matéria do seu oposto, a condição resolutiva. A

doutrina é escassa a esse propósito, mesmo assim, há bons pontos de apoio em Pontes de Miranda⁴⁵⁰, Marcos Bernardes de Mello⁴⁵¹, Nehemias Gueiros⁴⁵² e Vicente Ráo⁴⁵³ bem como, na obra de Giorgi⁴⁵⁴, A. von Tuhr⁴⁵⁵ e Manuel A. Domingues de Andrade⁴⁵⁶. Entre os autores mais recentes, fundamentalmente três se ocuparam da matéria, com observações que interessam muito ao presente contexto: Fernanda Mynarski Martins-Costa⁴⁵⁷, Ana Isabel Afonso⁴⁵⁸ e João de Oliveira Geraldes⁴⁵⁹.

O divisor de águas para a compreensão da peculiaridade da fase de pendência no caso de condição suspensiva, ao menos o que nos parece, é o constante do artigo 125, do Código Civil: “Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”. Predica o dispositivo que o credor no negócio condicional ainda não adquiriu o direito a que ele visa. Destarte, o impacto disso na fase de pendência, para ambas as partes, é evidente, marcando fundamento o caráter instrumental das medidas de conservação que não podem, *de lege lata*, implicar o exercício de pretensão visando ao direito esperado.

Ainda nessa ordem de ideias, o artigo 876, do Código Civil, parte final, também qualifica de pagamento indevido, com obrigação de restituir “que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição”. Esse dispositivo, inclusive, entronca com a questão do enriquecimento sem causa do artigo 884, *caput*, também do Código Civil⁴⁶⁰, de onde conclui-se que, antes de verificada a condição suspensiva, não há causa jurídica para o credor obter o direito condicionado, apenas sendo lícito obter prestações (vinculadas

⁴⁵⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 175-184.

⁴⁵¹MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição ao estudo da eficácia do negócio jurídico *pendente conditione*, *cit.* p. 80-83.

⁴⁵²GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil, cit.*, sobretudo capítulo V – Dos Efeitos das Condições, p. 141-174.

⁴⁵³RÁO, Vicente. *Ato jurídico, cit.*, p. 327-335.

⁴⁵⁴GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el derecho moderno, cit.*, v. 4, tratando da condição suspensiva *pendente* p. 355-370 e da condição resolutiva *pendente* p. 395-402.

⁴⁵⁵TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación), cit.*, v. 3, p. 263-281.

⁴⁵⁶ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico, cit.*, 1974, v. 2, p. 377-384.

⁴⁵⁷MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 99-167.

⁴⁵⁸AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda, cit.*, p. 231-315.

⁴⁵⁹GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados, cit.*, em diversas passagens, sobretudo p. 48-51; 79-80; 311-322.

⁴⁶⁰BDINE JR., Hamid Charaf. Comentário ao artigo 875. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010. p. 885.

maiormente às obrigações de fazer e não-fazer) atinentes à conservação daquele direito, obviamente com olhos postos na sua aquisição futura.

Com base nos autores mencionados, inicia-se o inventário de características da fase de pendência da condição suspensiva, inicialmente, retomando a classificação de Pontes de Miranda sobre o **direito expectativo** e o **direito expectado**. Reputa-se importante observar que essa classificação dialoga, de certo modo, com a observação de Geraldês, para quem, na pendência, não há uma relação jurídica dependente do direito “final”, mas existe sim, outra relação com características próprias e, segundo o autor, autônoma⁴⁶¹. A posição de **expectação** tem, em ambos, um valor jurídico próprio independente do valor intrínseco do **direito expectado**, valor próprio porque possui efeitos próprios com conformação de direito subjetivo tutelado, sem o que, repita-se, não haveria nenhuma medida de conservação exercitável. Como exemplo, veja-se que a pretensão do direito expectativo é diferente daquela do direito expectado, ela é conservativa da potencialidade do direito expectado, para o caso de ocorrer a condição.

Disso derivam também o debate e as consequências acerca da transmissibilidade do direito sob condição (*rectius*: direito expectativo) em si mesma considerada. À luz do paradigma de Pontes de Miranda, a questão foi resolvida, pois, “direitos são efeitos”⁴⁶² e daí “não se há de levantar o problema lógico da identidade das relações jurídicas quando se transferem direitos”⁴⁶³. Geraldês acredita existir um **efeito vocativo** dos direitos finais, quando da cessão da posição de credor condicional para um outro, uma vez que ela é uma **posição de destinação** com capacidade de atrair os efeitos jurídicos finais no caso. Logo, nesse ponto, segundo o autor, em uma compra e venda sob condição suspensiva entre A (comprador) e B (vendedor), uma vez feita a cessão de posição entre A e o terceiro C, quando

⁴⁶¹De acordo com João de Oliveira Geraldês, de um lado, “a negação de autonomia à posição jurídica condicionada (expectativa jurídica) acarreta a automática negação da sua transmissão autônoma, querendo com isto dizer-se que, no caso de transmissão, estará a transmitir-se a posição jurídica futura que determinada pessoa tem relativamente a um vindouro direito final” e, de outro, “se for configurada a expectativa como uma posição actual e autônoma correspondente a um tipo autônomo de direito subjectivo, tal possibilitará a defesa autônoma de sua transmissão.” (*Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados, cit.*, p. 312). Doutra parte, Pontes de Miranda afirma que: “A eficácia do direito expectativo é anterior e inconfundível com a do direito expectado. O direito expectado é futuro; é efeito, êle-mesmo, que ainda não se produziu. Tem-se chamado aos efeitos do direito expectativo efeitos *preliminares*, mas o nome alude ao que ainda não é, - e não ao que é, e os produz.” (*Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 287). Buscando a convergência entre ambos, a conclusão possível trata da identidade do direito expectativo como efeito de um fato jurídico pleno, de onde deriva sua identidade enquanto tal. Retomando o paradigma inicial, se não há efeitos preliminares, porque não há pré-efeito de fatos jurídicos que ainda não são, fica evidente a autonomia do direito gerado na fase de pendência em relação ao direito gerado após o advento da condição.

⁴⁶²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 332.

⁴⁶³*Id. Ibid.*, p. 332.

houver o implemento da condição, a transferência do **direito expectado** se dará diretamente de B para C⁴⁶⁴. Na explicação do autor, a cessão do direito abrangerá também o efeito jurídico futuro ao qual está juridicamente destinado, como no caso das situações jurídicas de frutificação⁴⁶⁵.

Marcos Bernardes de Mello também defende a transmissibilidade *inter vivos e mortis causa* do direito expectativo, observando que isso não implica a transmissão do direito *expectado*, que apenas ocorrerá com o implemento da condição⁴⁶⁶.

Autores que não operavam sob o paradigma ponteano, Gueiros e Ráo nem sequer se referem à dicotomia **direito expectativo e direito expectado**. Ainda assim, Gueiros divide os efeitos imediatos do direito subordinado à condição suspensiva em duas classes: uma tratando da disponibilidade e outra dos efeitos consequenciais de sua tutela jurídica⁴⁶⁷. Já, de acordo com Ráo, existe relação jurídica consistente em um vínculo de direito que “adstringe” os figurantes e não lhes permite alterar discricionária e unilateralmente o vínculo⁴⁶⁸.

Das inúmeras consequências que Ráo elenca⁴⁶⁹, derivadas dessa premissa, vale destacar que, na pendência da condição suspensiva, como ainda não está eficaz o efeito típico do contrato de exigir o cumprimento da prestação, a sua impossibilidade não invalida o contrato, se cessar antes do implemento da condição. Isso demonstra que o regime do implemento ou não da condição é anterior ao regime do adimplemento da obrigação, sem ultrapassar o primeiro, não há lógica em discutir o segundo⁴⁷⁰.

⁴⁶⁴Destarte, o tipo condicional é um tipo concreto de direito subjetivo, sendo que “o que é adquirido tem potencialidade de expansão jurídica: tem em si (interinamente) uma vocação de chamamento dos efeitos jurídicos finais.” GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 326.

⁴⁶⁵*Id. Ibid.*, p. 326.

⁴⁶⁶MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição ao estudo da eficácia do negócio jurídico *pendente conditione*, *cit.* p. 80.

⁴⁶⁷GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil*, *cit.*, p. 152-153.

⁴⁶⁸RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, *cit.*, p. 328.

⁴⁶⁹*Id. Ibid.*, p. 329 e ss.

⁴⁷⁰A questão concernia sobre a aplicação da literalidade do artigo 1.091 do Código Civil de 1916, cuja redação era: “Art. 1.091. A impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição.” RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, *cit.*, p. 330. Comentando o dispositivo, confira-se: “A regra é que a impossibilidade da prestação impede a formação do vínculo; ocorrendo, depois, sem culpa do devedor, extingue a obrigação, e, havendo culpa do devedor, responde este por perdas e danos (art. 863, 869, 879, 879). Mas se a impossibilidade é puramente relativa, não impede a formação do vínculo obrigacional, que se entende existir para o caso de se tornar possível a prestação. Por isso mesmo, é válido o contrato concluído sob condição suspensiva, se, antes do implemento da mesma, a prestação se torna possível.” BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 10. ed. rev. e atual. por Achilles Bevilacqua e Isaías Bevilacqua. São Paulo: Francisco Alves, 1958. v. 4, p. 205. Mesmo sem o artigo 1.091 reproduzido no código atual, o raciocínio permanece o mesmo.

De Giorgi, por sua vez, observa uma divisão concernente aos efeitos da condição suspensiva pendente, considerando que as condições modificam as consequências ordinárias dos contratos, os quais, de seu turno, são fontes de obrigações, servem para transferir direitos reais e também para alocação de risco e perigo⁴⁷¹. O autor divide os efeitos da condição suspensiva pendente em três: (i) efeitos sobre as obrigações contratuais; (ii) efeitos sobre a transmissão de direitos reais; e (iii) efeitos sobre os riscos e perigos.

As ideias de Giorgi a respeito dos efeitos sobre as obrigações contratuais não discrepam muito da opinião majoritária, o direito do credor *pendente conditione* como dotado de uma eficácia própria e não privada de valor patrimonial⁴⁷². Em relação aos efeitos sobre as obrigações contratuais, o autor anota que não é possível ao credor condicional pedir o cumprimento do contrato, exceto se pactuado com possibilidade de execução provisória, o que, em nosso direito, tratando-se de contrato de adesão, seria contrário à natureza do negócio, incidindo – pelo menos em tese – na vedação do artigo 424 do Código Civil. Giorgi destaca ainda a transmissibilidade do direito sob condição, implicando possibilidade de cessão, novação e transmissão hereditária⁴⁷³.

Sobre os efeitos na transmissão de direitos reais, o autor obtempera que, em um contrato de compra e venda com condição suspensiva, restando o vendedor com a propriedade e a posse, ele pode naturalmente exercer ações possessórias e reivindicatórias e também constituir servidões e dar o bem em garantia, no entanto, resta a dúvida se isso não seria contrário à boa fé objetiva inerente à etapa de pendência e se não poderia ensejar comportamento incompatível com a condição⁴⁷⁴.

Já em relação aos efeitos sobre riscos e perigos, com apoio no artigo 1.163 do Código Civil italiano da época⁴⁷⁵, Giorgi afirma que a perda do corpo certo do objeto da obrigação

⁴⁷¹GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el derecho moderno, cit.*, v. 4, p. 355-356.

⁴⁷²*Id. Ibid.*, p. 356.

⁴⁷³*Id. Ibid.*, p. 360.

⁴⁷⁴*Id. Ibid.*, p. 362-364.

⁴⁷⁵Cuidava-se, ainda, do “*Codice Civile del Regno D’Italia*”, cujos artigos 1163 e 1164 dispunham, respectivamente: “1163. *Quando l’obbligazione è contratata sotto condizione sospensiva, e, prima che questa si verifichi, la cosa che ne forma l’oggetto, perisce o deteriora, si osservano le seguenti regole: Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l’obbligazione si ha come non contratta. Se la cosa è interamente perita per colpa del debitore, questi è tenuto al risarcimento del danni verso il creditore. Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore deve riceverla nello stato in cui si trova, senza diminuzione del prezzo. Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il diritto di sciogliere l’obbligazione e di esigere la cosa nello stato in cui si trova, oltre il risarcimento dei danni. 1164. La condizione resolutive non sospende l’esecuzione dell’obbligazione: essa obbliga soltanto il creditore a restituire ciò che ha ricevuto, ove accada l’avvenimento preveduto nella condizione.*” In: ITALIA. *Codice civile del Regno d’Italia* (1865). Titolo II: Delle successioni. Disponível em: https://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_300.pdf. Acesso em: 08 jan. 2021

faz com que ela tenha-se por nunca contratada ou extinta. Vale notar que a redação do *Codice* de 1865, no que diz respeito à deterioração da coisa (perda parcial), apresentava uma solução aparentemente mais coerente do que aquela do artigo 538 da “Consolidação das Leis Civis”, de Freitas, que diz: “a perda parcial, ou a deterioração, pendendo a condição, será por conta do comprador”. Assim, nesse particular, a redação do então Código Civil italiano era mais justa: (i) se a coisa fosse deteriorada, sem culpa do devedor, o credor deveria recebê-la no estado em que se encontrasse, sem diminuição do preço; (ii) mas, sendo deteriorada por culpa do devedor, o credor possuía o direito de dissolver a obrigação, reclamando a coisa no estado em que se encontrasse, além da indenização por danos⁴⁷⁶.

Assim, sistematizando as conclusões dos diversos autores, arrisca-se a gizar as características da pendência da condição suspensiva sob três pontos de vista (pelo menos): da **patrimonialidade**; dos **deveres** gerados nessa fase e dos **mecanismos de tutela**.

3.2.1 Patrimonialidade

As consequências do direito expectativo integrar o patrimônio do credor condicional compreendem os seguintes destaques:

(i) O direito expectativo integra o patrimônio de seu titular, para todos os fins de direito e, consequência disso, nos termos do artigo 391 do Código Civil, também pode responder pelo inadimplemento de obrigações do titular, até porque um bem ou direito não pode integrar o patrimônio de alguém para fins de fruição e disposição e não integrá-lo para fins de suportar eventuais débitos (o que seria ilógico)⁴⁷⁷.

(ii) O direito expectativo reflexo da obrigação condicional também é transmissível *mortis causa* ou *inter vivos*. De acordo com Gueiros, há disponibilidade do mesmo e, inclusive, a sucessibilidade da obrigação condicional se extrai do antigo artigo 928 do Código Civil de 1916, cuja letra trazia a previsão de que “A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os herdeiros”.

Segundo Gueiros, sobre tal previsão repousa o “princípio da transmissibilidade hereditária das obrigações, inclusive as clausuladas”⁴⁷⁸. Quanto às personalíssimas, ainda

⁴⁷⁶Para o regime do direito pátrio atual, a ser tratado adiante, remeta-se a: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 149-154.

⁴⁷⁷Qualificando o direito condicional como um **bem jurídico**, confira-se: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, cit., v. 1, p. 76.

⁴⁷⁸GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil*, cit., p. 157.

vale comentar, é impossível sua transmissão aos herdeiros do *de cuius*, então obrigado, no entanto, como reconhece a jurisprudência, uma vez vencidos os créditos da obrigação personalíssima, eles são incorporados ao patrimônio do credor e podem ser cobrados. É o caso da obrigação personalíssima de prestar alimentos⁴⁷⁹.

(iii) Além disso, o direito sob condição suspensiva é passível de penhora, bem como pode ser garantido ou dado em garantia. Obviamente, no caso da penhora, o que pode ocorrer – aliás, muito provável que ocorra – é o credor exequente rejeitar a nomeação, forte na ordem de bens penhoráveis estabelecida pelo artigo 835, do CPC atual.

No entanto, os dois últimos incisos do referido artigo evidenciam a possibilidade de penhora de direito sob condição: “Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: [...] XII – direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII – outros direitos”. Se, no inciso XII, trata-se de condição resolutiva, no inciso XIII, em tese, poder-se-ia abarcar também o direito expectativo sob condição suspensiva.

(iv) Vale notar, ainda, que o direito sob condição suspensiva pode ser reforçado (receber) por garantias pessoais (veja-se o caso da fiança, no artigo 821, do Código Civil) ou reais (veja-se o caso da hipoteca, no artigo 1.487, do Código Civil), bem como, pode ser dado em garantia ou, mais ainda, “os bens sobre os quais seu objeto recai podem ser gravados com ônus reais que eficazes se tornarão quando a condição se realizar”⁴⁸⁰. No caso específico da fiança, remontando ao Código Civil de 1916 (que nesse particular não foi alterado), admitindo a fiança em caráter condicional, veja-se decisão do STJ:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS AO IMÓVEL LOCADO. FIANÇA. CARÁTER CONDICIONAL. INCIDÊNCIA DO ART. 1.485, CC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – A indenização ao proprietário, pelos estragos decorrentes do mau uso do imóvel, é obrigação sujeita à condição suspensiva, nascendo ao implemento da condição que é a devolução do imóvel ao locador em mau estado de conservação.

II – Nessa hipótese, aplica-se à obrigação do fiador o disposto no art. 1.485, CC, de sorte a não poder ser ele demandado pela dívida antes de se achar determinada quanto à existência e extensão⁴⁸¹.

⁴⁷⁹A exceção, contudo, permitindo a transmissibilidade da obrigação alimentar ao espólio ocorrerá quando o alimentante for herdeiro do espólio e respeitados os limites da herança. Veja-se: STJ, REsp n. 1835983/PR, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05/03/2021.

⁴⁸⁰RÃO, Vicente. *Ato jurídico, cit.*, p. 330.

⁴⁸¹STJ, REsp n. 23.060-7/PR, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 29/08/1994, DJ. 26/09/1994, p. 25654.

Em relação à hipoteca, garantido o direito sob condição, a teor do preceituado pelo artigo 1.487 do Código Civil, cumpre mencionar o seguinte caso:

EXECUÇÃO POR QUANTIA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – Escritura pública de hipoteca para dívidas futuras. Consignação de valor máximo do crédito a ser garantido. Limitação da responsabilidade do garantidor ao montante estipulado. Necessidade. Inteligência do art. 1.487 do Código Civil.

A responsabilidade do garante em escritura pública de hipoteca constituída para dívida futura deve estar limitada ao valor máximo do crédito consignado no título, sob pena de violação do art. 1.487 do Código Civil.

RECURSO NÃO PROVIDO⁴⁸².

(v) Em teoria, os direitos sob condição poderiam integralizar capital social, eis que a literalidade do artigo 997, inciso III, do Código Civil, admite que possa “compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária”; entretanto, embora seja defensável tal possibilidade, como consequência lógica da apreciação patrimonial do direito sob condição, tal parece ser inconveniente aos fins da integralização do capital, especialmente por conta do elemento de garantia de terceiros evidentíssimo. O que parece aceitável é que, no momento da subscrição das cotas sociais, seja oferecido direito sob condição suspensiva, mas, quando da integralização, o direito **expectado** deve existir completamente, sob pena de o sócio ser qualificado como remisso⁴⁸³.

(vi) No entanto, a patrimonialidade não alcança exatamente o **direito expectado**, por essa razão, faz todo o sentido a previsão do artigo 1.668, do Código Civil que exclui da comunhão: “II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva”. Esse dispositivo guarda correlação com o o artigo

⁴⁸²TJSP, Apel. Cível n. 0013640-57.2013.8.26.0344, 24ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 26.02.2015. Loureiro levanta importantes questões a respeito: “A lei cria uma restrição à hipoteca sobre dívidas ilíquidas, sob condição, ou futuras; seja determinado o valor máximo ou estimado o crédito a ser garantido. A regra integra a especialização dos direitos reais de garantia, requisito formal de sua eficácia, nos termos do art. 1.424 do Código Civil, anteriormente comentado, cujo inciso I contém: ‘o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo.’” LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentário ao artigo 1.487. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010. p. 1.592.

⁴⁸³Incide aqui o princípio da realidade do capital que não poderá contar, no momento da integralização, com a incerteza da condição. Na integralização ou o direito já é titularizado por quem integraliza ou não é possível fazê-lo. Sobre o referido princípio: BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51. Também: “Fornecer uma contribuição patrimonial para a formação do capital social e conferir, visando à realização do objeto social, suporte material à pessoa jurídica constituem deveres naturalmente atribuídos aos sócios e prontamente disciplinados pelo contrato social. As contribuições podem ser totalmente heterogêneas, sob forma pecuniária ou mediante a transmissão de direitos reais ou pessoais de sua titularidade, estes devidamente avaliados. Apreciadas de um ponto de vista diverso, elas podem ser imediatas, logo após a conclusão do contrato social, mas, também, sua efetivação pode ser postergada, conferindo um direito de crédito à pessoa jurídica (sociedade-corporação).” BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Comentário ao artigo 1.004. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010. p. 1.002.

125, do mesmo código: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.

3.2.2 Deveres na fase de pendência

Avançando para os deveres da fase de pendência, interessante lembrar que uma obrigação possui diversos deveres todos amalgamados, conforme o próprio sentido econômico da obrigação. A **complexidade intraobrigacional** de que trata doutrina especializada, além de uma reconhecida força expansiva da boa-fé objetiva, traz novos deveres aos coobrigados, mesmo que não textualmente previstos no instrumento.

A esse respeito, vale enfatizar que a boa-fé objetiva, enquanto cláusula geral, é dotada de grande adaptabilidade para os casos concretos, aceitável, portanto, haver uma variação a depender dos tipos contratuais que estejam em jogo. É bastante evidente essa afirmação, valendo ainda observar que, para além das funções tradicionalmente atribuídas à boa-fé objetiva – função hermenêutica (art. 113 do Código Civil); função corretiva (art. 187); função integrativa (art. 422) – há outras, sendo oportuna a advertência de que a “operatividade da boa – fé”, nas palavras de Martins-Costa, “não se restringe ao mecanismo da tríplice funcionalidade”, abarcando outros aspectos contextuais e do conjunto de expectativas e valores compartilhados⁴⁸⁴. Por outro lado, como observa Eduardo Tomasevicius Filho, também haverá influências de graus de intensidade da boa-fé objetiva consideradas a partir do grau de assimetria da informação e dos custos de transação, elementos que reforçam a importância da análise contextual.

O princípio da boa-fé nos dias atuais impõe três deveres principais: dever de coerência, dever de informação, dever de cooperação. Estes se explicam justamente porque corrigem os efeitos do estado de informação assimétrica e as distorções causadas pelos custos de transação⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva. In: BENETTI, Giovanna *et al.* (Org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019. p. 280. A repetida força expansiva da boa-fé objetiva, e sua adaptabilidade aos diversos tipos de relação jurídica, é tema de ponderações de Emilio Betti. O autor lembra que a boa-fé objetiva representa o encontro de uma série de tradições antigas, uma versão jurídica do amor ao próximo e do comportamento empático e colaborativo estimulado pelas grandes tradições morais e religiosas. Logo, há um aspecto negativo atinente a não lesar outrem, mas também um aspecto positivo, mais exigente, que trata não apenas de não lesar, mas cooperar. Essa cooperação deverá acontecer nas mais variadas situações obrigacionais. Assim, concluímos que a força expansiva do critério da boa-fé mostra-se evidente. BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. t. 1, p. 71.

⁴⁸⁵TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 484-485. Em tese de doutorado que busca divisar os papéis da boa-fé objetiva, a partir dos planos do negócio jurídico, Eroles conclui que: “6. A boa-fé objetiva atuará no plano da existência por sua função supletiva. [...]”

Desse modo, é possível assumir que os deveres anexos, em verdade, são personificações da **cláusula geral** da boa-fé comportamental nas relações concretas, cobrindo suas áreas de especificidades, não captadas pela tradicional abstração de corte subsuntivo.

Diante do exposto, passa-se a arrolar os deveres na fase de pendência, sem pretensão de exaustividade⁴⁸⁶, os quais, como dito, são muito vinculados ao caso concreto.

(i) Em primeiro lugar, em um plano mais geral, presente o **dever de lealdade**, inclusive fruto da ilicitude de frustrar a condição, com o que há sanção consistente na verificação ou não dos efeitos da condição mediante ficção, nos termos do artigo 129 do Código Civil. A própria letra desse dispositivo, ao apor o advérbio **maliciosamente**, demonstra o repúdio à deslealdade.

Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

Primeiro detalhe digno de atenção, é o de que a expressão **maliciosamente** não pode ser interpretada apenas para exigir a presença do dolo, afastando a culpa. A interpretação mais coerente com a finalidade da norma “inclui tanto a conduta dolosa quanto aquela em desacordo com o padrão da boa-fé objetiva, isso porque a ilicitude prevista no artigo 187 do Código Civil diz respeito àquela que decorre de um exercício irregular, disfuncional e abusivo”⁴⁸⁷. Nem se argumente com uma pretensa exigência de interpretação restritiva, uma vez que o artigo 129 não traz uma restrição a direitos, pois, ninguém tem o direito a agir culposamente ou em desabono da boa-fé objetiva. Sendo assim, a interpretação do artigo 129 combinada com o artigo 187 do Código Civil, tal como proposta por Martins-Costa, afigura-se a mais consentânea com o atual estado da arte. Não vinga, a partir da premissa adotada, o entendimento adotado de que apenas dolo seria suporte fático do dispositivo, sob

10. A boa-fé objetiva atuará no plano da validade por sua função corretiva. [...] 14. A boa-fé objetiva atuará no plano da eficácia por sua função interpretativa.” EROLES, Pedro Vinicius Giordano. *Boa-fé objetiva contratual a partir dos planos da existência, validade e eficácia*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 135-136. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25032021-193457/publico/5430826_Tese_Original.pdf.

⁴⁸⁶Oriundos da dimensão integrativa da boa-fé objetiva e, portanto, aderentes a uma construção judicial possibilitada pela cláusula geral de boa-fé. Veja-se, por todos: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação, cit.*, p. 573.

⁴⁸⁷MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva, *cit.*, p. 293.

pena de uma chancela para a conduta culposa contraditória à racionalidade do próprio sistema⁴⁸⁸.

Aqui, a atividade exploratória dos argumentos de Martins-Costa pode avançar mais: a combinação com o artigo 187 do Código Civil parece mesmo bastante adequada ao caso, uma vez que é considerado ato ilícito aquele praticado de modo “a exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Ora, descumprir a obrigação negativa⁴⁸⁹ a que enseja o negócio sob condição é exceder limites impostos pelo fim econômico e social da cláusula típica da condição. Isso é fora de dúvida. Mais ainda, a remissão à boa-fé fica evidente, pois, quem assume como devedor **expectado** um negócio com essa estrutura, sabe do que se trata e sabe, ademais, dos efeitos que a superveniência da condição acarreta e das consequências de seu comportamento.

Na jurisprudência, vale trazer um exemplo simples, de fácil aplicação, para justificar o ponto pretendido: uma determinada ação judicial foi contratada sob condição suspensiva, no regime *ad exitum*, sendo que a condição consistia em vencer a ação judicial, viabilizando sua posse em concurso público para preenchimento de cargo de policial militar. Uma vez obtida a liminar pela advogada, viabilizando que o autor tomasse posse ainda antes do

⁴⁸⁸Posição, no entanto, minoritária. Veja-se: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva, *cit.*, p. 293, nota 48. Vale, nesse particular, uma remissão ao artigo 1359 do *Codice Civile* italiano: “Art. 1.359. La condizione si considera avverata qualora sai mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all’avveramento di essa.” No âmbito do Direito Português, cumpre observar o que reza o artigo 275º: “Art. 275º - Verificação e não verificação da condição [...] 2. Se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa-fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada.” No âmbito do Direito Espanhol, veja-se o artigo 1119, de seu Código Civil: “Artículo 1110. Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impiedese voluntariamente su cumplimiento.” Interpretando o dispositivo, Arijá Soutullo assim afirma: “Como se deduce de los antecedentes de precepto, su finalidad es tratar de que no se pueda obtener un beneficio a través de una conducta contraria a la buena fe y para ello impone una reparación específica, distinta de la indemnización de daños y perjuicios, consistente en que los efectos del negocio se desarrollen como si se hubiera cumplido la condición.” ARIJA SOUTULLO, Carmen. Cumplimiento ficticio de la condición. In: CAÑIZARES LASO, (Ed.); DIÉGUEZ OLIVA, Rocío (Coord.). *Función de las condiciones en le tráfico inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 64.

⁴⁸⁹Dividindo duas obrigações negativas perfeitamente distintas, embora exigindo dolo, confira-se Nery: “Há duas obrigações negativas estipuladas no CC 129: a) a de não obstar-se o implemento da condição, devida por quem se desfavoreceria com o implemento; b) de não forçar-se o implemento da condição, devida por quem se aproveitaria do seu implemento. O descumprimento dessas obrigações, desde que de maneira maliciosa, isto é, com intenção deliberada de prejudicar a parte contrária (a) ou de beneficiar-se (b), acarreta, *ipso iure e ex lege*, consequência diversa da querida pelo inadimplente: a) na primeira hipótese, em que o implemento da condição foi obstado, ela se considera verificada, isto é, o negócio deixa de ser condicional para ser considerado negócio jurídico com eficácia plena; b) na segunda hipótese, em que o implemento da condição foi forçado por quem dele se aproveitaria, considera-se não implementada a condição, isto é, o negócio permanece como sendo condicional.” NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral, cit.*, v. 1, t. 2, p. 441.

término da ação, ele pediu exoneração do cargo por outros motivos. Daí, moveu ação declaratória de inexistência do débito diante de sua então advogada.

Do voto do relator, tem-se que o colegiado entendeu, por maioria, que tal conduta dava margem à aplicação do artigo 129 do Código Civil:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADO COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – CONTRATO DE HONORÁRIOS AD EXITUM – OBTENÇÃO, PELA ADVOGADA REQUERIDA, DE LIMINAR PARA QUE O AUTOR TOMASSE POSSE NO CARGO DE POLICIAL MILITAR – POSTERIOR PEDIDO DE EXONERAÇÃO – CONDUTA QUE IMPOSSIBILITOU A CONCRETIZAÇÃO DA CONDIÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 129 DO CÓDIGO CIVIL – CONDIÇÃO QUE DEVE SER CONSIDERADA VERIFICADA – CRÉDITO SUBSISTENTE – ACÇÃO IMPROCEDENTE⁴⁹⁰.

Duas passagens, no entanto, demonstram a racionalidade embasando o julgado:

Conclui-se, portanto, que a exigência de malícia na conduta da parte (a fim de que seja considerada verificada a condição) busca afastar a possibilidade de aplicação da sanção nas hipóteses em que o ato que deu causa à impossibilidade não lhe seja imputável, por se tratar de um ato involuntário, vez que, à luz do princípio da boa-fé objetiva, tem ele o dever de cooperar com o fiel cumprimento do contrato ao qual se vinculou.

[...]

Nessas circunstâncias, irrelevante verificação de uma finalidade específica de prejudicar a ré ou os motivos pelo qual o autor pediu exoneração do cargo público, bastando que tenha agido para impossibilitar a ocorrência da condição suspensiva para que incida a penalidade constante no artigo 129 do Código Civil.

A decisão parece acertada, quanto mais porque, a contratação *ad exitum* é uma forma de precificação, é uma racionalidade econômica estabelecida pelas partes, não custando lembrar que, atualmente, com o artigo 113, da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, a expressão **racionalidade econômica** ganha valor como cânone interpretativo.

Art. 113. [...] §1º. A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [...] V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração; [...]

Se havia o risco de o então candidato desistir do cargo, pela exoneração, decerto a advogada teria estabelecido outro modo de precificação e um valor de sinal mais elevado.

⁴⁹⁰TJSP, Apel. Cível n. 1015776-14.2017.8.26.0071, 30ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Andrade Neto, j. 27.09.2019, v.m. No caso, também adotando uma perspectiva a partir da boa-fé objetiva: TJSP, Apel. Cível n. 7.000.358-8, 14ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Hamid Bdine, j. 05.05.2006. Ao contrário, utilizando o advérbio **maliciosamente**, exigindo dolo da conduta: TJSP, Apel. Cível n. 1008094-35.2015.8.26.0602, 31ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Adilson de Araújo, j. 26.07.2016; TJSP, Apel. Cível n. 0260355-74.2009.8.26.0002, 21ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Itamar Gaino, j. 20.06.2012.

A contratação *ad exitum* integrava a economia do contrato e não podia ser simplesmente desconsiderada ao talante de uma das partes.

Interessante que, em situação análoga, embora defendendo a presença do dolo para o suporte fático do artigo 129 do Código Civil, a Quarta Turma do STJ entendeu que, nessa esteira,

encontra-se compreendida a rescisão unilateral imotivada perpetrada pelo cliente, que configura, por óbvio, obstáculo ao implemento da condição estipulada no contrato de prestação de serviços advocatícios – vitória na causa –, autorizando o arbitramento judicial da verba honorária devida ao causídico, cuja plena atuação quedara frustrada por culpa do mandante⁴⁹¹.

Veja-se que se usa a expressão culpa. A rescisão unilateral do contrato não é um ato doloso em si mesmo, logo, melhor seria dizer que o artigo 129 do Código Civil abarca não apenas o dolo, como também outras condutas que, no contexto, contrariem a boa-fé objetiva.

Segundo detalhe digno de atenção é o de o artigo 129 vale tanto para a condição suspensiva quanto para a resolutiva e que põe sobre a mesa exatamente aquele elemento central das expectativas de modo geral, adrede referido, de que a expectativa não se refere imediatamente à fruição de um bem, mas mediatamente apenas, porquanto o objetivo de sua proteção é assegurar ou impedir a obstrução do nascimento de um direito. Essa ideia tem uma centralidade toda própria, assume posição invulgar: a **prestação** do devedor no negócio condicionado, **pendente** a condição, é exatamente não interferir, não frustrar e cooperar para que o nascimento ou perda do direito ocorram naturalmente, dentro das balizas de **incerteza** e **futuridade** que caracterizam a figura.

Levando essa afirmação ao patamar seguinte, é perfeitamente coerente chegar ao ponto de verificar uma obrigação negativa de não interferir com a eclosão do fato condicionante (ponto de fácil visualização, por força do próprio texto da lei, em especial o artigo 129, do Código Civil), entretanto, também é possível verificar uma obrigação positiva de cooperar para que a eclosão do fato siga seu natural curso, facilitando e auxiliando o credor nessa fase de pendência.

Isso parece especialmente evidente quando há condição simplesmente potestativa em que existe parcial controle de uma das partes, a qual deve efetivamente praticar ou deixar de praticar alguma conduta que, somada à conatural incerteza, fará ou não eclodir o fato condicionante. Frise-se: na estruturação da condição simplesmente potestativa há um

⁴⁹¹STJ, REsp 1.337.749/MS, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.02.2017, DJe 06.04.2017.

elemento casual (fato futuro e incerto) e um elemento potestativo (aderente à vontade da parte).

A esse respeito, interessa reproduzir raciocínio, aceitando a aplicação do **cumprimento fictício** da condição, em casos de condição mista, na qual, além da incerteza, existe um elemento de atuação de um dos contratantes⁴⁹². Mauro Grondona cita, no âmbito italiano, um caso paradigmático na matéria, em que se debateu a incidência dos artigos 1.358 e 1.359 do Código Civil italiano, dispositivos que, aliás, segundo o autor, seriam um excelente observatório para comprovar espaços de operatividade da boa-fé⁴⁹³. Como consta do caso (*Cassazione, sezioni unite*, n. 18450/2005), em 27 de março de 1987, foi firmado contrato entre a *Comune di Isola del Giglio* e o engenheiro C., para a elaboração de projeto de construção de rede hídrica para as localidades de *Giglio Castello*, *Giglio Porto* e *Giglio Campese*. Havia cláusula estipulando que o pagamento devido ao profissional estava subordinado à condição de a comuna obter do ente competente financiamento para a obra. Frise-se por fundamental: o pagamento estava condicionado, não o trabalho do engenheiro que acabou por fazer o projeto⁴⁹⁴. Nesse ponto da narrativa, valem os seguintes

⁴⁹²Retomando a definição de condição mista, ela depende da vontade de uma das partes (na sua faceta potestativa) somada à vontade de um terceiro (na sua faceta casual). Sobre: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil*: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive, *cit.*, p. 66. CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil*: notions générales, *cit.*, p. 342. No ponto, ainda, vale observar: “*El evento deducido en condición debe ser futuro e incierto, y desde el punto de vista de la naturaliza del evento la condición se distingue en potestativa, causal y mixta, según la verificación de la circunstancia futura depende de la voluntad de una de las partes, de un factor externo a la voluntad de las mismas, o de la combinación de estos dos elementos.*” GRONDONA, Mauro. Pendencia de la condición mixta y relevancia de la buena fe en el derecho civil italiano: un análisis jurisprudencial. In. VELAOCHAGA, Luciano Barchi (Ed.). *Dogmática y práctica del derecho privado moderno*: estudios jurídicos en homenaje al professor Gastón Fernández Cruz. 1. ed. Lima-PE: ARA Editores, 2022. t. 1, p. 518.

⁴⁹³GRONDONA, Mauro. Pendencia de la condición mixta y relevancia de la buena fe en el derecho civil italiano: un análisis jurisprudencial, *cit.*, p. 522. Os artigos são os seguintes: “*Art. 1.358. Colui che si è obbligato o che há alienato um diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte.*” “*Art. 1.359. La condizione si considera avverata qualora sai mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contratio all'avveramento di essa.*”

⁴⁹⁴Nesse particular, a Corte de Cassação observou que o sistema italiano admite tal previsão, que os honorários profissionais podem ser objeto de disposição: “*Il primato della fonte contrattuale impone di ritenere che il compenso spettante al professionista, anchorché elemento naturale del contrato di prestazione d'opera intellettuale, sai liberamente determinabile dalle parti e possa anche formare oggetto di rinuncia da parte del professionista, salva l'esistenza di specifiche norme proibitive che, limitando il potere di autonomia delle parti, rendano indisponibile il diritto al compenso per la prestazione professionale e vincolante la determinazione del compenso stesso in base a tariffe.*” Nossa tradução: “A primazia da fonte contratual impõe a crença de que a remuneração devida ao profissional, ainda que seja elemento natural do contrato de prestação de obra intelectual, pode ser livremente fixada pelas partes e também pode ser dispensada pelo profissional, salvo a existência de normas proibitivas específicas que, ao limitar o poder de autonomia das partes, tornam inviável o direito à remuneração dos serviços profissionais e vinculam a determinação da própria remuneração com base em tarifas.” CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Corte di cassazione, Sezioni unite civili, Sentenza 19 settembre 2005, n. 18450. <https://www.eius.it/giurisprudenza/2005/142> Acesso em: 22 jan. 2023.

esclarecimentos de Grondona: a possibilidade material de realização da obra dependia desse financiamento, efetuado por uma região italiana dentro da qual estava o território do município; essa cláusula era muito difundida “*sobre todo porque a menudo la administración pública italiana obra con los instrumentos negociales clásicos, y por ende iure privatorum; precisamente este aspecto ha llevado a un cambio radical de la jurisprudência [...]*”⁴⁹⁵. Resulta que o pagamento não foi feito e o engenheiro acionou a via do processo arbitral, como constava do contrato. O tribunal arbitral, então, decidiu que a comuna deveria pagar ao engenheiro a quantia de £ 65.000,00 (sessenta e cinco mil libras), com juros e correção monetária, bem como 2/3 das despesas do litígio. A *Comune di Isola del Giglio* levou o caso para a Corte de Apelação de Florença, que reformou a sentença declarando que nada era devido ao profissional⁴⁹⁶.

Aqui as ponderações de Grondona, explicando o caso, ganham uma relevância que nos importa, no âmbito brasileiro. Se havia uma condição mista é porque a verificação do evento dependia de dois fatores, primeiro, a conduta do financiador em conceder o empréstimo (o elemento casual) e, segundo, a vontade da comuna em atuar para solicitar esse financiamento. Daí, a dificuldade estaria em saber exatamente se o financiamento não chegou porque a parte não atuou e se essa inércia seria passível de censura ou não⁴⁹⁷. O Tribunal de Apelação entendeu se tratar de uma inércia não censurável e fê-lo sem a aplicação dos tais artigos 1.358 e 1.359 do *Codice*, com base nos seguintes argumentos: primeiro, entendeu que não se pode aplicar o artigo 1.359 quando a parte possui interesse no cumprimento da condição, ou seja, não se pode aplicá-lo contra a mesma parte que tenha interesse na condição e, no caso, a comuna tinha interesse no cumprimento, de outro modo, não haveria celebrado o contrato; segundo, o artigo 1.359 não era aplicável porque a omissão de uma atividade, como o não haver solicitado o financiamento, só é fonte de responsabilidade e contrária à boa-fé, se o conteúdo da atividade omitida corresponde ao conteúdo de um dever jurídico violado justamente por conta da omissão; terceiro, o artigo 1.358 não era aplicável porque “*no se identifica ninguna conducta desleal, dado que la decisión de solicitar o no el financiamiento estaba precisamente remitida a la voluntad del*

⁴⁹⁵GRONDONA, Mauro. Pendencia de la condición mixta y relevancia de la buena fe en el derecho civil italiano: un análisis jurisprudencial, *cit.*, p. 523.

⁴⁹⁶Como consta no “*svolgimento del proceso*”, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Corte di cassazione, Sezioni unite civili, Sentenza 19 settembre 2005, n. 18450, *cit.*

⁴⁹⁷GRONDONA, Mauro. Pendencia de la condición mixta y relevancia de la buena fe en el derecho civil italiano: un análisis jurisprudencial, *cit.*, p. 528.

*municipio, en virtud de la naturaleza mixta de la condición contenida en el reglamento contractual*⁴⁹⁸.

Abstraídas as peculiaridades de que partiu aquele colegiado, nos chama a atenção o fato de que a alegada faceta potestativa da condição mista, na verdade não o é. Não pode ser, porque senão a figura será da condição **puramente** potestativa (*si voluero*), incompatível com a vontade de contratar. Esse é um contrassenso digno de frisar. Se há alguma margem para determinação da vontade, ela não pode assumir um caráter arbitrário, sob pena de cair exatamente naquilo que se tenciona evitar. A faceta potestativa não encerra uma opção ao talante da parte que **deve** atuar, até porque, se o outro contratante soubesse que a comuna poderia optar por não solicitar o financiamento que condicionava seu pagamento, sequer teria se vinculado. Isso é óbvio.

O ponto, então, é que já havia o contrato e já havia seu efeito mínimo vincutivo, donde, permitir que a porção potestativa assumia tal dimensão, que possibilite que o contratante literalmente **saia** do contrato apenas não atuando como lhe cabia, é uma situação antitética com a ideia de contrato como instrumento vinculante. O raciocínio peca pela base, porque a pergunta, no fim das contas, deve ser: **para que serve um contrato?** Mais: **para que serve uma condição mista em um contrato?** Naturalmente, não serve como denúncia vazia, em que a parte opta por não atuar, não solicitando o financiamento e, assim, o contrato não alça seus efeitos típicos porque nem sequer atingiu a etapa casual da condição consistente na decisão do financiador em conceder ou não o empréstimo.

Mauro Grondona demonstra que a reforma dessa questionável decisão deu-se, pela Corte de Cassação, com base em outros elementos, máxime a função cooperativa da boa-fé objetiva. No sistema brasileiro, talvez não fosse sequer necessário ir tão longe, bastaria dizer que essa interpretação em que o elemento potestativo absorve completamente o elemento casual da condição mista conduz a invalidade do artigo 123, inciso II, do Código Civil (nulidade). No entanto, a nulidade do contrato equivale a tutelar apenas o **interesse contratual negativo**, o que pode representar um menoscabo à posição jurídica daquele que estava de boa-fé.

É exatamente aí, nesse ponto, que a argumentação do jurista italiano e a construção da Corte de Cassação ganham corpo, pois, na essência, o racional do contrato não era esse, nem a condição era **puramente potestativa**. Se era mista, confiava o contratante que sua

⁴⁹⁸GRONDONA, Mauro. Pendencia de la condición mixta y relevancia de la buena fe en el derecho civil italiano: un análisis jurisprudencial, *cit.*, p. 529.

contraparte, o outro figurante, para usar a nomenclatura de Pontes de Miranda, faria o necessário para conduzir o contrato à conclusão normal do elemento casual, aí sim jungido à futuridade e à incerteza. Jamais obstar tal conclusão no meio do caminho, retirando a incerteza que dá validade para a condição-cláusula.

Daí, a Corte de Cassação reformou o julgado e aplicou, na lógica daquele sistema, o artigo 1.358 do *Codice Civile*, afirmando que independentemente de deveres contratuais expressos, a boa-fé objetiva exige que se atue para preservar os interesses econômicos da outra parte, assim, a boa-fé prevista no dispositivo aplicar-se-ia tanto a faceta casual, como, sobretudo, a faceta potestativa da condição mista que não pode obliterar o racional econômico do contrato, frustrando a justa expectativa da outra parte⁴⁹⁹. Nas exatas palavras daquele Tribunal:

Com efeito, o princípio da boa-fé (entendido no sentido acima esclarecido como requisito de conduta) constitui ao mesmo tempo um critério de avaliação e um limite também para o comportamento discricionário do contratante de cuja vontade depende o cumprimento da condição (em parte). Essa conduta não pode ser considerada desprovida de qualquer caráter de dever, tanto porque – se assim fosse – acabaria por se resolver na forma de mero arbítrio, contrariando o disposto no art. 1.355 cc, e porque aderir a este entendimento [de que não há dever] introduziria no preceito do art. 1.358 restrição que ele não prevê e que, ao contrário, levaria a um esvaziamento substancial do conteúdo da norma, limitando-a ao elemento casual da condição mista, isto é, a um elemento sobre o qual a conduta da parte (cuja obrigação é condicional) tem possibilidades limitadas de influência, enquanto a posição jurídica da outra parte permaneceria na prática desprovida de qualquer proteção.

Ao contrário, é justamente o elemento potestativo aquele em relação ao qual o dever de boa-fé tem mais razão de existir, porque é em relação a esse elemento que a discricionariedade contratualmente atribuída à parte deve ser exercida no âmbito do cardinal princípio da correção⁵⁰⁰. (Tradução nossa.)

⁴⁹⁹“Desde este punto de vista, la Corte di Cassazione observa muy acertadamente que el deber de comportarse según buena fe sobre todo tiene relevancia con relación al elemento potestativo de la condición, porque es con relación a este elemento potestativo que la discrecionalidad contractualmente atribuida a la parte (discrecionalidad que se realiza precisamente en el momento potestativo) debe ser ejercida en el marco del principio fundamental de la lealtad, de la razonabilidad. Una lealtad, lo reafirmo, no en abstracto, sino que debe ser leída a la luz del orden económico contractual.” GRONDONA, Mauro. *Pendencia de la condición mixta y relevancia de la buena fe en el derecho civil italiano: un análisis jurisprudencial*, cit., p. 533.

⁵⁰⁰“Invero, il principio di buona fede (inertes, questa, nel sendo sopra chiarito come requisito della condotta) costituisce ad un tempo criterio di valutazione e limite anche del comportamento discrezionale del contraente dalla cui volontà dipende (in parte) l'avveramento della condizione. Tale comportamento non può essere considerato privo di ogni carattere doveroso, sai perché – se così fosse – finirebbe per risolvere in una forma di mero arbítrio, contrario al dettato dell'art. 1.355 c.c., sia perché aderendo a tale indirizzo si verrebbe ad introdurre nel precepto dell'art. 1.358 una restrizione che questo non prevede e che, anzi, condurrebbe ad un sostanziale svuotamento del contenuto della norma, limitandolo all'elemento casuale della condizione mista, cioè ad un elemento sul qual ela condotta della parte (la cui obbligazione è condizionata) ha ridotte possibilità d'incidenza, mentre la posizione giuridica dell'altra parte resterebbe in concreto priva di ogni tutela. Invece è proprio l'elemento potestativo quello in relazione al quale il dovere di comportarsi secondo buona fede ha più ragion d'essere, perché è con riguardo a quell'elemento che la discrezionalità contrattualmente attribuita alla parte deve essere esercitata nel quadro del principio cardine di correttezza.” CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Corte di cassazione, Sezioni unite civili, Sentenza 19 settembre 2005, n. 18450, cit.

No mesmo passo, aplicando o artigo 1.358 do *Codice* à condição mista, Giovanni Finazzi observa que a condição mista integra uma relação obrigacional jungida enquanto tal à regra geral de *buona fede*, reconhecendo, portanto, a existência de dever, mesmo para a atividade de implementação do elemento potestativo da condição mista, seja porque se não for assim se recairá no arbítrio puro e simples da condição meramente potestativa (vedada naquele sistema pelo artigo 1.355), seja porque aceitando a ideia de que para a parte potestativa a conduta omissiva é relevante apenas na presença de uma obrigação legal ou contratual expressa, seria introduzir na regra do artigo 1.358 uma restrição que ela não possui. Destarte, as obrigações de correção e boa-fé impõem uma série de comportamentos de conteúdo atípico ou assumem a consistência de normas complementares do princípio geral correspondente, e aqui complementamos, sobretudo, no que concerne a manter íntegro o interesse econômico da contraparte, ou seja, a preservação da utilidade econômica da contratação para o outro é, desde que não implique obrigação excessivamente onerosa e desproporcional, perfeitamente exigível⁵⁰¹.

No que diz respeito ao artigo 1.359, o tema não foi discutido, obviado por questões preliminares inerentes ao acesso à Corte de Cassação, no entanto, em outra oportunidade também reportada por Grondona (Cass. n. 16501/2014), a Corte afirmou a perfeita possibilidade de aplicação do referido dispositivo, até porque, não há contradição entre a estrutura lógica da figura da ficção de realização e a condição mista e, mais ainda, o argumento de que não existe dever nenhum no exercício da discricionariedade ínsita a dimensão potestativa da condição mista é um sofisma, sob pena dela tornar-se puramente potestativa, portanto, nula.

Nesse particular, o argumento pífio de que não se pode aplicar o artigo 1.359 quando a parte possui interesse no cumprimento da condição cai por terra e foi bem enfrentado pela Corte, quando afirmou que esse interesse deveria ser buscado concretamente no evoluer da obrigação, não mediante uma abstração unicamente focada no ponto inicial da contratação, mas mediante uma interpretação penetrante da condição-cláusula dentro do programa contratual entabulado, e observado, aí sim, o caráter dinâmico que os interesses das partes podem assumir em uma obrigação diferida no tempo⁵⁰².

⁵⁰¹FINAZZI, Giovanni. *La struttura e l'adempimento: correttezza e buona fede*. Milano: CEDAM/Wolthers Kluwer, 2018. p. 1348. (Trattato delle Obligazioni. Diretto da Luigi Garofalo e Mario Talamanca, v. 1). Ver ainda: CHIESI, Gianpaolo. *La buona fede in pendenza della condizione*. Padova: CEDAM, 2006. p. 108-109.

⁵⁰²“[...] C) Sul tema della fictio di avveramento (art. 1359 cc.: ‘la condizione si considera avverata qualora sai mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all’avveramento di essa’) va registrato un progressivo allineamento della giurisprudenza di questa Corte verso posizioni che, facendo

Nesse particular, também afastando essa ideia – censurável – de perquirir, no caso, quem tem o interesse no implemento ou não implemento da condição, Menezes Cordeiro, dissertando sobre o Código Civil português, afirma que:

III. O Código Civil, quando sanciona, no artigo 275º/2, as interferências contrárias à boa-fé na verificação da condição distingue:

- a condição impedida por aquele a quem prejudica;
- a condição provocada por aquele a quem aproveita.

Põe-se o problema: num contrato bilateral, a condição, seja ela qual for, vai sempre, em simultâneo, beneficiar e prejudicar ambas as partes. Por exemplo: a condição resolutiva prejudica o adquirente, que perde a coisa, mas beneficia-o, liberando-o do pagamento do preço.

Pretender, num caso desses, que a verificação provocada da condição não é sancionável, por não lhe aproveitar, seria abrir a porta para que, nos contratos bilaterais ou situações equiparáveis, as partes pudessem, livremente, interferir na condição. Não pode ser. Assim, cabe entender-se que qualquer das partes que impeça uma condição deve considerar-se prejudicada por ela; de igual modo, qualquer das partes que provoque uma condição deve considerar-se como aproveitando dessa ocorrência. Estes pontos devem, todavia, ser ponderados, caso a caso. Noutros termos: nunca nenhuma das partes pode, contra a boa-fé, impedir ou provocar condições⁵⁰³.

leva sull'obbligo delle parti comportarsi secondo buona fede nello stato di pendenza della condizione (cfr. Cass. S.U., n. 18450/2005: 'il contratto sottoposto a condizione potestativa mista è soggetto alla disciplina di cui all'art. 1358 cod. civ., che impone alle parti l'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza della condizione, e la sussistenza di tale obbligo va riconosciuta anche per l'attività di attuazione dell'elemento potestativo della condizione mista'), valutano l'esistenza di un interesse contrario all'avveramento non in termini astratti o facendo riferimento al solo momento della conclusione del contratto, ma valorizzando il dato dell'effettivo interesse delle parti all'epoca in cui si è verificato il fatto o comportamento che ha reso impossibile l'avveramento della condizione. Più precisamente, a fronte di un orientamento tradizionale secondo cui 'la condizione può ritenersi apostata nell'interesse di una sola delle parti contraenti soltanto quando vi sia un'espressa clausola contrattuale che disponga in tal senso ovvero un insieme di elementi che nel loro complesso inducano a ritenere che si tratti di condizione alla quale l'altra parte non abbia alcun interesse, in mancanza, la condizione stessa deve ritenersi apostata nell'interesse di entrambi i contraenti' (Cass. n. 4178/1998 e, più recentemente, Cass. n. 16620/2013), si è affermato che l'art. 1359 cod. civ., in forza del quale la condizione si há per avverata se è mancata per causa imputabile alla parte controinteressata al suo avveramento, non si riferisce solo a coloro che, per contratto, apparivano avere interesse al verificarsi della condizione, ma anche ai comportamenti di chi in concreto ha dimostrato, con una successiva condotta, di non avere più interesse al verificarsi della condizione, ponendo in essere atti tali da contribuire a far acquistare al contratto un elemento modificativo dell'iter attuativo della sua efficacia. Detta norma è applicabile anche alla c.d. condizione potestativa mista, il cui avveramento dipende in parte dal caso e in parte dalla volontà di uno dei contraenti. (Cass. n. 24235/2011; già negli stessi termini, Cass. n. 13457/2004). Tale indirizzo è stato ribadito – da ultimo – da Cass. n. 12/2014, nel senso che, 'in tema di compeso del professionista per l'elaborazione di un progetto di opera pubblica, la cui corresponsione sia subordinata al finanziamento dell'opera da parte della Regione e alla presentazione della richiesta di finanziamento e gestione della relativa pratica da parte del Comune beneficiario dell'opera stessa, l'affidamento della stessa, nelle more dell'elaborazione del progetto da parte del professionista, ad altro soggetto privato, costituisce comportamento contrario a buona fede, in violazione dell'art. 1358 cod. civ., che determina l'avveramento fittizio della condizione, ai sensi dell'art. 1.359 cod. civ., in quanto cagionato dal comportamento della parte portatrice di un interesse contrario all'avveramento'." CORTE DI CASSAZIONE. Sez. III Civile – Sentenza 18 luglio 2014, n. 16501 – Pres. Salmè – est. Sestini – T. A. (avv. Domenico Fasanella e A. L. Deramo) c/ Tenuta del Gargano S.r.l. (avv. E. Follieri, R. Follieri e L. Follieri) e P. F. (avv. Gianfranco Cors.)_Disponível em: <https://www.diritto.it/corte-di-cassazione-sez-iii-civile-sentenza-18-luglio-2014-n-16501-pres-salme-est-sestini-t-a-avv-domenico-fasanella-e-a-l-deramo-c-tenuta-del-gargano-s-r-l-avv/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁵⁰³MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 654.

Para a perspectiva brasileira isso importa, porque traz a reboque pelo menos duas ideias-força a observar em casos análogos: a de que a condição-cláusula pode ser uma das muitas **vestes jurídicas** da atribuição de riscos dentro do contrato e a de que essa atribuição de riscos, logicamente, é indissolúvel da racionalidade econômica concreta que balizou os figurantes quando da contratação condicionada. Além disso, aponta para um veio de profunda implicação prática: as potencialidades dos artigos 129 e 113, do Código Civil, combinados ainda estão por serem exploradas pela nossa doutrina e mais bem trabalhadas pela nossa jurisprudência que, tradicionalmente, reduz o alcance do artigo 129, restringindo-o apenas às situações de malícia, ou seja, de conduta dolosa, afastando a cláusula geral de boa-fé ou, no mínimo, empobrecendo-a por uma análise isolada do advérbio “maliciosamente”. Do mesmo modo, a discussão sobre se a condição aproveitava ou prejudicava a parte interferente deve ser vista com desconfiança, ficando o intérprete naquilo que importa, as circunstâncias do caso à luz da boa-fé objetiva, nos exatos termos preconizados por Menezes Cordeiro e perfeitamente aplicáveis ao direito pátrio.

Concluindo, o regime da pendência é repleto de garantias para manter os pilares da futuridade e da incerteza, que dão o tónus da condição, assim, a diminuição da perspectiva cooperativa entre as partes, para que o evento ocorra ou não ocorra dentro de seu normal evolover, enfim, a partir da álea que lhe é própria, implica diminuir a potencialidade do regime da condição e interferir na perspectiva econômica de quem contrata sob essa modalidade.

Além disso, a condição é mais bem compreendida a partir de sua função concreta no **programa contratual**, melhor dizendo, desde uma perspectiva do negócio jurídico enquanto regulamento, uma visão preceptivista, tal como se retomará adiante⁵⁰⁴.

(ii) Em segundo lugar, temos os **deveres de proteção e cooperação**, até por desdobramento lógico do primeiro dever, vistos como uma conjugação de esforços das contrapartes para a obtenção do cumprimento normal do avençado. Assim, o tema é mais de variação da intensidade dos deveres de proteção em cada espécie de relação obrigacional.

Parece bastante evidente que, tomada a **obrigação como processo**, na expressão clássica de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, sendo que seu ponto alto, seu sentido conformador é atingir a exata prestação primária correspondente “ao conteúdo da declaração

⁵⁰⁴Nessa direção: INDOLFI, Maria. La condizione secondo la teoria della fattispecie. La concezione di Angelo Falzea. I successivi sviluppi. In: ALCARO, Francesco (a cura di). *La condizione nel contratto. Tra 'atto' e attività*. Padova: Cedam, 2008. p. 16-17.

de vontade”⁵⁰⁵, o diferimento da consecução desse fim é acompanhado de um implícito aumento dos deveres anexos, diante da própria individualidade que o direito expectativo possui enquanto tal e do papel que representa no jogo de interesses do negócio condicionado.

Ainda nesse passo, vale observar que o dever de proteção equivale à ideia, descrita por Giorgi, de que o devedor condicional não pode diminuir a esperança que constitui objeto do direito do credor, nem pode impedir ou fazer mais difícil a realização da condição⁵⁰⁶. Como exemplo prático, pode-se imaginar que o contrato de compra e venda de uma planta industrial desativada (imagine-se, por uma interdição anterior) esteja sob condição suspensiva de obtenção de uma determinada autorização administrativa de órgão ambiental, ora, o vendedor tem todo o dever de auxiliar o comprador na justificação e na obtenção dessa autorização administrativa.

Assim, se exigível algum esforço e investimento da parte do vendedor para a obtenção dessa autorização, a recusa peremptória, sem mais, parece ser completamente injustificável. Claro que a ausência de previsão contratual sobre a atribuição desses custos demanda, na impossibilidade de se resolver via negociação, afigura-se um problema de difícil solução. Mesmo assim, o regime de riscos poderia ser compartilhado por determinação judicial nesse ponto, especialmente se já envidados todos os esforços a cargo do comprador para tal providência.

Do mesmo modo, em se tratando de deveres de proteção, impõe-se a vedação da ruptura abrupta das tratativas, podendo muito bem incidir no negócio condicionado.

Quando das tratativas do negócio sob condição – momento anterior à fase de pendência, a qual pressupõe o negócio já firmado, mas com efeitos parcialmente diferidos –, é perfeitamente possível aventar uma responsabilidade pré-contratual por ruptura. Já quando firmado o contrato e ainda não ocorrida a condição, qualquer ruptura nesse ínterim implicará responsabilidade contratual. Como bem explica a doutrina, seria um equívoco cogitar, a partir da incerteza da verificação da condição, que isso afetasse a indenização por perdas e danos, porquanto nunca seria possível saber se o fato condicionante efetivamente ocorreria. No entanto, essa indenização abrange o **interesse negativo**, alcançando apenas

⁵⁰⁵SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 168. Agir de boa-fé é esforçar-se por dar máxima efetividade aos interesses da contraparte exatamente porque o fim da obrigação é seu sentido, já que ninguém se obriga por mero desfrute. Os deveres múltiplos decorrentes da boa-fé objetiva, segundo nos parece, partem mais ou menos diretamente dessa ideia que radica em uma concepção ética do ato de contratar, como estar cômico dos compromissos assumidos, evitando mais que tudo frustrar o interesse e as expectativas (fundadas) da outra parte.

⁵⁰⁶GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, cit.*, v. 4, p. 360.

aquilo que o lesado perdeu ou deixou de ganhar com a conclusão do contrato e isso não é incompatível com o regime condicional, basta ver que não há direito do lesado ao **interesse positivo**, direito que o lesado ganharia se o contrato e a condição tivessem se concluído, passando o negócio integralmente ao plano da eficácia⁵⁰⁷.

O dever de proteção, de conseguinte, abarca o dever de não interferir e proteger os interesses da contraparte, como também o dever de agir (tanto quanto possível) ativamente para colaborar com a consecução da etapa de pendência sem anormalidades artificiosas. De modo mais geral, o dever de proteção deriva da própria ideia de que, evitar o dano é, já em si, um valor jurídico, erigindo uma norma de comportamento⁵⁰⁸. Quanto mais, soma-se a isso o fato de que, diante dessa constatação, o dever de proteção é, ele próprio, uma norma de comportamento, uma necessidade – derivada da citada força expansiva da boa-fé objetiva – de otimizar essa proteção, daí não se restringe a uma perspectiva meramente negativa. Consequência disso, mesmo para um escopo negativo – de não interferência na normal incerteza e futuridade da condição –, sua concreção poderá depender de condutas positivas⁵⁰⁹.

Como exemplo, uma cessão de crédito sob condição suspensiva pode e deve pressupor que o cedente, enquanto detentor do direito **expectado** (artigo 125 do Código Civil), até o implemento da condição, tome todas as providências para a preservação do mesmo.

Destarte, ao nosso sentir, a cooperação nada mais é do que a faceta **positiva** do cumprimento do dever de proteção, já que quem não coopera, não protege (senso comum). Mas, além disso, a proteção traz consigo esse dever comissivo para, ainda que de modo inespecífico (ausente uma previsão textualmente atribuída no contrato), atuar, tanto quanto lhe seja possível, para a conclusão do curso normal da obrigação (senso técnico). Essa questão será retomada, até encarecendo a visão da **obrigação como processo** que conduz a

⁵⁰⁷MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva, *cit.*, p. 288-289.

⁵⁰⁸GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. *Dever de proteção nas relações contratuais*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 57.

⁵⁰⁹*Id. Ibid.*, p. 57. Sobre os deveres de proteção, exigindo conduta comissiva, confira-se exemplo reputado clássico e que encerra um dever de conduta ativa: “[...] Um caso clássico de dever acessório de prestação [proteção] foi pressuposto pelo RG, no caso que segue. Um telhador que pretendia tirar medidas para uma placa de zinco, a instalar num telheiro, caiu através de uma tábua podre colocada no topo da construção e feriu-se com gravidade. O BGB entendeu que o proprietário, por força do contrato celebrado, devia ter tomado medidas convenientes para manter a segurança do local, tanto mais que sabia da necessidade que o encarregado da obra tinha de o franquear. Não o fazendo, violou esse dever de segurança, derivado da boa-fé.” MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, *cit.*, p. 604.

visão de atuação cooperativa das contrapartes no curso da relação obrigacional. Reforça-se essa percepção, ao se imaginar que o contrato sob condição (seja suspensiva seja resolutiva) é de duração, porquanto a fase de pendência alonga o negócio já existente e válido, colocando parte de sua eficácia em suspenso. Essa cooperação é tanto maior nos contratos de duração porque o **estar em relação** que um contrato implica é potencializado, diante da maior interação entre as partes contratuais⁵¹⁰.

Há, ainda, um outro ponto suscitado por Paulo Henrique Ribeiro Garcia, a respeito de uma feição do dever de proteção, a ser destacado: é que pode haver uma autonomia funcional do dever de proteção, o qual, se não chega a ser incidível da obrigação principal, possui certos aspectos autônomos⁵¹¹. Assim, trazendo para o tema posto, suponha-se que determinada conduta (omissiva ou comissiva) do devedor expectado atrasou a eclosão da condição que favoreceria o credor expectante. Em um caso como esse, sem embargo de a condição ter ocorrido, os efeitos típicos do negócio terem se operado, operaram com um atraso imputável à contraparte. Isso, decerto, é indenizável.

De conseguinte, fica afirmada a autonomia relativa do dever de proteção, como, aliás, derivação da própria autonomia do direito expectativo encontradiço na fase de pendência. Assim, a proteção e a cooperação são faces de uma mesma moeda englobando obrigações negativas e positivas.

Agrega-se, da mesma maneira, a ideia de que, inclusive, esses deveres também existem mesmo que o negócio, em seu escrito, seja lacunoso, uma vez que o próprio artigo 234 do Código Civil estabelece que se “pendente a condição suspensiva; [...] se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos”⁵¹². O mesmo raciocínio, por dever de coerência, é forte inclusive no postulado geral da

⁵¹⁰SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 179. Veja-se, ainda: “Nesse sentido, observamos que os deveres anexos de conduta acabam tendo papel de destaque, de forma a direcionar as partes a determinados comportamentos não acordados expressamente, de modo que elas atuem de forma cooperativa e visando à eficiência do programa contratual.” *Id. Ibid.*, p. 216. Vale a conclusão de que, em dada medida, a contratação de longa duração (e não há porque não abarcar o contrato sob condição nessa categoria) incita uma relação de confiança a se estabelecer entre as partes e, por isso mesmo, eleva o *standard* para a análise dos deveres de cooperação inerentes à boa-fé objetiva, especialmente porque, em se tratando de negócio sob condição, a eficiência do **programa contratual** pressupõe a não perturbação da ocorrência do evento futuro e incerto, que não pode ser afetado por condutas omissivas ou comissivas antinaturais interferindo na sua causação.

⁵¹¹GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. *Dever de proteção nas relações contratuais*, *cit.*, p. 61.

⁵¹²A esse respeito, visualizando aí um dever de diligência legalmente imposto, confira-se: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva, *cit.*, p. 294. Sobre o dever de diligência na fase de pendência, vale observar ainda que é um dever autônomo do devedor, um dever genérico de proteção posto para tutela da esfera patrimonial do credor (cf. CHIESI, Gianpaolo. *La buona fede in pendenza della condizione*, *cit.*, p. 28).

responsabilidade civil, aplicável o artigo 236 do mesmo diploma, desde que se verifique a condição⁵¹³.

Todo esse caudal teórico, bom dizer, como derivação lógica do antecedente histórico contido no *neminem laedere*, a demonstrar uma forte perspectiva moral enraizada no direito das obrigações que, mesmo sendo seara de alta tecnicidade jurídica, não é infenso a avaliações morais, ao contrário do que se poderia, ingenuamente, pressupor⁵¹⁴. Afinal, o próprio Direito Positivo, enquanto objeto cultural, acaba, invariavelmente, por conter uma dimensão ética inafastável, como o melhor do pensamento jurídico já afirmou⁵¹⁵.

(iii) Encontra-se aqui também a figura dos **deveres de informação** sobre a ocorrência ou não da **condição-fato**, e até de qualquer evento ou influência que possa perturbar sua natural eclosão ou não, em suma qualquer influência a respeito da **incerteza** e da **futuridade**.

Interessa, para ilustrar o ponto, um caso prático, em que o TJSP, a respeito da possibilidade ou não de ocorrência da condição, decidiu pela força do dever de informação⁵¹⁶.

Em certa medida, não é preciso muito esforço para compreender que, se a parte contrária sabe de algo que influencie o desenrolar do fato futuro e incerto, sobretudo se retira a incerteza do mesmo, sonegar tal informação é dolo. Especialmente porque, como visto, quem contrata sob condição não tolera determinado risco, determinada externalidade, logo,

⁵¹³MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva, *cit.*, p. 295.

⁵¹⁴RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. da terceira edição francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 14-15. Ainda, a boa-fé objetiva, hoje cantada em prosa e verso, desde que escoimada dos naturais excessos retóricos, também conduz, enquanto cláusula geral, a avaliações desde uma ética prática. Confirmam-se: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. Luis Díez-Picazo. Santiago-Chile: Ediciones Olejnik, 2019. p. 32 e 41-43. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação, cit.*, p. 53-54.

⁵¹⁵Não cabem aqui digressões de monta a esse respeito. Porém, vale lembrar da própria entronização do denominado princípio da eticidade, que confirma essa interpenetração. Demonstrando repercussões práticas na concepção do Código Civil, a partir da eticidade, confira-se: REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 35-38. Ainda, explorando as consequências práticas da eticidade: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 61-64.

⁵¹⁶Apelação Cível – Adjudicação compulsória – Impossibilidade – Imóvel que não estava registrado em nome da apelada – Comprovação da ciência dos apelantes no momento da arrematação – Condição suspensiva que pende sobre a relação negocial – Inexigibilidade do cumprimento da obrigação pela apelada antes da ocorrência do evento – Inocorrência de ilícito praticado pela apelada – Dever de informação prestado aos apelantes acerca da ausência de escrituração do imóvel em nome do banco – Circunstância que teria justificado a aquisição dos direitos sobre o imóvel por preço bastante inferior ao de mercado – Desídia da apelada não configurada – Comprovação de ausência do registro do título aquisitivo de propriedade do bem perante o CRI local – Impossibilidade de outorga da escritura de compra e venda do imóvel pretendida pelos apelantes – Acolhimento da tese dos apelantes que equivaleria permitir que a parte obtivesse vantagens com a alegação da própria torpeza – Ilícito não configurado – Pretensão indenizatória improcedente – Recurso improvido. TJSP, Apel. Cível n. 1001907-91.2017.8.26.0003, 2ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 28.02.2018.

o fato condicionante, via de regra, sempre será preponderante para a decisão de contratar. De irrelevante, o motivo passa a relevante.

Daí, parece certa a incidência – o contrário será ônus do interessado provar – do artigo 145 do Código Civil, pois, imaginando um litígio com esses contornos, o essencial seria questionar: **se o decepto soubesse do fato suprimido, mesmo assim teria contratado, mas por outro modo?** As soluções são fruto do casuismo mesmo, ainda que jungidas a um princípio retor que é o próprio equilíbrio das prestações. Se o outro modo que permitiria a contratação for, por hipótese, tão oneroso ou complicado para o *deceptus*⁵¹⁷, presumivelmente, ele não contrataria⁵¹⁸.

Com o objetivo de diferenciar o dolo principal (causa de anulabilidade do negócio) daquele denominado acidental (causa apenas de responsabilização por perdas e danos), Giovana Valentiniano Benetti explica que o nosso Código Civil utiliza “como critério o impacto do dolo na declaração de vontade”. Continua, assim, afirmando que

se o dolo for a causa do negócio, o impacto é determinante e a modalidade principal. Se o dolo apenas influencia o modo como o negócio teria sido realizado, ou seja se o *deceptus* queria o contrato, mas não com ‘o conteúdo resultante do dolo’, a modalidade é acidental⁵¹⁹.

Acontece que, como visto, a condição torna relevante um motivo até então indiferente e, se foi contratado o negócio com condição-cláusula é porque aquele elemento consistente no fato condicionante (positivo ou negativo) tem uma importância determinante para um ou para ambos⁵²⁰. De conseguinte, perquirindo a questão da **omissão dolosa**, ela se configura quando há violação intencional do dever de informar, omitindo-se o **deceptor** de repassar dado informacional relevante, sabedor de que essa omissão possui consequências

⁵¹⁷Atentando para a nomenclatura em que **deceptor** é o autor da conduta dolosa e *deceptus* é aquele que foi enganado, veja-se: DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 140, *cit.*, p. 120.

⁵¹⁸A jurisprudência, no entanto, busca elementos para observar se há dolo ou não. Um elemento indiciário eloquente parece ser o preço que, quando é muito abaixo daquele padrão de mercado, parece acionar um princípio de *caveat emptor* (excluídos contratos de massa, claro). Confira-se: “COMPRA E VENDA – Veículo – Anúncio realizado no site OLX – Dolo de terceiro – Anulabilidade – Circunstâncias que, se comunicadas pelo apelante, permitiriam às partes identificação do engado – Preço pago aquém do mercado – Sem prova dos vícios justificadores da redução – Transferência realizada em favor de terceiro completamente estranho às tratativas – Descompasso entre o valor certificado na autorização de transferência e do anúncio – Omissões determinantes para o proveito próprio e para o prejuízo do apelado – Aplicação da primeira parte do artigo 148 do Código Civil – Pedidos deduzidos pelo apelado procedentes – Pedidos deduzidos pelo apelante em reconvenção improcedentes – Sentença mantida.” TJSP, Apel. Cível n. 1008804-10.2019.8.26.0604, 33ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 30.11.2021.

⁵¹⁹BENETTI, Giovana Valentiniano. *Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 68.

⁵²⁰Enfim, para as especificidades do negócio sob condição, o dolo informacional relativamente ao fato condicionante deve observar os motivos, porquanto integram o negócio na extensão e alcance da condição.

na formação da vontade do *deceptus*. É evidente que uma informação relativa ao grau de incerteza e de futuridade do fato condicionante é, decerto, dado que influi na formação da vontade do negócio condicionado⁵²¹.

A esse respeito, Martins-Costa, embora sem dizê-lo com todas as letras, bem divisa que uma coisa é o *dolus bonus* inerente ao negócio em si; outra, muito diferente, é a omissão relativa ao fato alçado à condição. Informações sobre o fato que as partes irão alçar ou já alçaram contratualmente com condição-fato devem ser repassadas completamente de parte a parte, no mais estrito rigor. Como exemplo,

[...] se A compromete-se a comprar um terreno de B, caso consiga licença ambiental para realizar determinada obra no referido terreno, e se B souber de um fato característico do terreno que prejudique consideravelmente a possibilidade de sucesso na obtenção da licença em tempo razoável, deverá esse informar tal fato ao A⁵²².

Nesse particular, parece que as informações específicas sobre o **fato condicionante**, pela sua centralidade, submetem-se a um regime de máxima boa-fé, especialmente porque negar-lhes um tratamento diferenciado, enfraquece a razão de ser da aposição da condição. Naturalmente, sendo a informação muito difícil ou impossível de se obter, não há como imputar tal fato. Mesmo assim, o dever de informar há de ser mais rigoroso, como também, nos parece, o dever de se informar, pois, se já existe um grau elevadíssimo de incerteza, o contratante, quem aproveita a condição, deve cercar-se de cautelas. O princípio *caveat emptor* adapta-se ao contexto de uma contratação condicionada, informando a racionalidade do adjudicador em caso de conflito. Sem embargo, há uma importante aproximação a ser feita, com o contrato de seguro, esse reconhecidamente jungido ao regime *ubérrima fides*,

⁵²¹“A omissão dolosa consiste, basicamente, no silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que o outro figurante tenha ignorado e que, caso fossem conhecidos, teriam impactado, de algum modo, sua decisão de concluir o contrato. Assim, como nos demais regimes de dolo, verificou-se, na espécie, a presença da intenção de enganar (elemento subjetivo) e do silêncio sobre fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado (elemento objetivo).” BENETTI, Giovana Valentiniano. *Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos*, cit., p. 371.

⁵²²MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva, cit., p. 285. Sobre o denominado *dolus bonus*, vislumbra-se no trabalho de Eduardo Tomasevicius Filho um enquadramento que parte do custo da informação. O autor explica que esse mesmo *dolus bonus* é perfeitamente superável pelo contratante, mediante conduta diligente, “porque as informações necessárias para se evitar tais situações são de baixo custo de aquisição.” TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*, cit., p. 265. Na perspectiva do fenômeno condicional, informações que tratem do seu grau de incerteza e da futuridade, em um objeto contratual, via de regra inçado de dificuldades e que por isso mesmo enseja a aposição da condição, parece-nos que escapam ao proverbial *dolus bonus*, o contrário sendo ônus de provar no caso concreto. É certo, no entanto, que, se a informação for de fácil acesso para o contratante, isso cai por terra, imaginando-se o mesmo para o caso em que, exatamente pela incerteza, não fosse exigível do próprio **deceptor** deter ou obter tal informação, uma vez que é muito difícil ou impossível fazê-lo, o que, no fim das contas, retira o dolo de sua conduta, retira-lhe a intenção.

em razão dos seguintes e importantes antecedentes, a começar pelo fato de que a classificação de alguns tipos contratuais (partiu-se da premissa de que existe um tipo condicionado), sendo *ubérrima fides*, é decorrência da assimetria informacional entre as partes e de uma especial relação de confiança que exige uma tutela diferenciada, superior. Claramente, no que tange à incerteza, a falta de informação é de ambos (credor e devedor condicional), logo, não há assimetria. No entanto, a relação de confiança a respeito do intercâmbio das informações existentes sobre o fato condicionante parece bem tangível, a autorizar, não uma autonomização do princípio *ubérrima fides* da cláusula geral de boa-fé, mas, uma contextualização mais aderente à razão de ser da condição nos negócios jurídicos, uma caracterização a partir das especificidades do regime⁵²³.

Insistindo no reforço da defesa dessa singularidade, sonegar a informação é interferir na avaliação da incerteza e da futuridade da condição, porquanto, em rigor, poderia até implicar retardamento ou não da **condição-fato**. Verdade que essa situação guarda relação direta com o objeto do direito expectativo, donde se pode entender que as informações não ser passadas todas e o dever de informar aqui atinge a mais alta intensidade, funcionalizado pela própria razão de ser de um direito instrumental em relação a outro direito final, o direito expectado.

Tratando novamente de um contrato de seguro, na sua etapa formativa (extravassando a fase de pendência, mas ainda com interesse), o regime das informações da declaração inicial de risco, exatamente porque vão informar a vontade negocial e o prêmio, repercussão econômica dessas informações, não se cinge aos fatos de que tenha conhecimento, mas às inferências que desses fatos se deve extrair, porque há um dever de verdade material⁵²⁴. No negócio condicionado, não existe uma **declaração inicial de incerteza**, ato jurídico formal com previsão legal, mas há uma obrigação decorrente da boa-fé nesse sentido, exatamente para que as partes meçam seus interesses à luz das informações que possuem sobre o quadro geral do negócio e o seu grau de incerteza.

⁵²³POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 149-154. Em relação ao paralelo que se tenta estabelecer com o contrato de seguro, vale observar que a “declaração inicial” sobre a incerteza do fato que será alçado como condição parece central e ambos os contratantes devem trazer tudo o que sabem a esse respeito, até para que se aquilate se há incerteza objetiva ou não. São informações que interferem na formação da vontade dos contratantes. Ora, se a incerteza é falsa, o credor condicional poderia não querer contratar, ou então, fazer o contrato puro e simples. A declaração inicial para a formação da vontade negocial no contrato de seguro aproxima-se do negócio condicionado pela perspectiva da álea envolvida em ambos. Assim, parece ser central saber se existe incerteza em relação ao negócio como um todo ou a uma parte do negócio, ou ainda, se não há incerteza nenhuma. Haverá acomodações e sutilezas que no abstrato da análise doutrinária passam despercebidas, mas a cláusula-condição pode ser acomodada a elas, desde que haja o adequado intercâmbio de informações.

⁵²⁴*Id. Ibid.*, p. 335.

A implicação prática disso é radical, mas coerente com a função do negócio condicionado. Caso uma das partes não possa aquilatar com certeza que a condição irá ou não ocorrer, possua informações das quais é possível inferir-se um juízo de probabilidade razoável pendendo para uma ou outra possibilidade, ela deve repassar essas informações para a parte contrária poder formar sua própria concepção do grau de incerteza envolvido e assumir se quer ou não o negócio e o custo de oportunidade que ele representa.

Em suma, as informações relativas à **condição-fato** não são um dever lateral da obrigação que enseja o direito expectativo, constituem, na verdade, uma dimensão do próprio cumprimento dessa mesma obrigação. Seu regime, portanto, é especial e o interesse na tutela dessa confiança é maior, exigindo os melhores esforços dos envolvidos para que se aquilate o grau e a delimitação da incerteza (o que não é ilógico, pelo contrário, afirmando tudo aquilo que se sabe sobre o contexto, o vendedor ajuda a delimitar onde repousa a incerteza que demandará cláusula condicional), suporte fático sobre o qual irá incidir o mecanismo condicional.

De conseguinte, inerente a isso, existe a figura do dolo, pois, o motivo tornado condição é central para um dos contratantes ou para ambos. Destarte, poder-se-ia argumentar pela aplicação do regime do artigo 145, do Código Civil, o que ocorrerá apenas quando a ausência da informação for resultado de omissão dolosa e de tal grau que redunde em uma deformação da vontade do *deceptus*, que tinha uma representação equivocada da realidade, por conta do engano e, caso soubesse da informação faltante, não teria contratado.

Retomando o exemplo da planta industrial desativada por interdição anterior, no caso de uma compra e venda com condição suspensiva de obtenção de autorização ambiental pelo comprador, suponha-se que o vendedor saiba que, ademais, há uma contaminação do solo que impede a obtenção de referida autorização, e que, segundo técnicos especializados, essa contaminação demoraria aproximadamente duas décadas para desaparecer por completo. Na prática, tem-se um fato (contaminação) que pode atrapalhar a condição-fato (autorização administrativa), atrasando tal implemento em pelo menos vinte anos (o que, aliás, discrepa da finalidade da obrigação que, ao contrário do direito real, nasce para ter seu fim com o cumprimento). Como ficam o custo de oportunidade do comprador e os gastos que eventualmente ele teve com a obtenção de uma autorização que, depois se fica sabendo, esbarrava no problema da contaminação?

Entendemos que, nesse exemplo imaginado, há dolo, o negócio é anulável e o comprador tem direito (interesse negativo) de ser ressarcido pelas perdas e danos⁵²⁵. Retomando a pergunta: **se o deceptus soubesse do fato suprimido, mesmo assim teria contratado, mas por outro modo?** Nesse caso, a resposta parece ser não, uma vez que aguardar aproximadamente vinte anos para uma descontaminação que permita obter uma autorização é por demais oneroso, mesmo que fosse aplicado um deságio no preço da venda.

A respeito do dever de informar, Eduardo Tomasevicius Filho insiste na exigência de uma assimetria informacional aliada à presença de custos de transação⁵²⁶. Para ele, o dever de informar ocorrerá quando o credor da informação “estiver impossibilitado de se informar, tanto do ponto de vista subjetivo, ou de um ponto de vista objetivo”⁵²⁷. Já, da perspectiva do devedor da informação, haverá o dever de informar pela confiança suscitada por ele como fonte, pois, “a confiança surge, naturalmente, quando for muito difícil ou impossível para uma pessoa suprir o seu déficit informacional por causa dos custos de transação proibitivos”, o que, para o autor, é bastante interessante e aproveitável do ponto de vista prático, considerando que o cerne do problema não é apenas a proteção da confiança, mas a tutela de uma situação de dependência da parte menos informada em relação a outra mais informada⁵²⁸.

Essa dependência da parte menos informada, constata-se nas questões relativas à aquisição de companhias e de participações societárias em geral, onde quem vende conhece o seu negócio e seu mercado mais do que quem compra. O tema extravasa o objeto da tese, mas ilustra a relevância do ponto, máxime porque essas negociações propendem para a atipicidade sendo repletas de elementos acidentais funcionalizados no negócio, sem os quais as partes não são capazes de obviar os riscos dessas vultosas operações.

⁵²⁵Note-se que, no exemplo, a condição suspensiva alinhada não é impossível; mas, diante de um dado técnico estimado e que foi suprimido do conhecimento do comprador, a chance de a condição operar-se é muito mais longa e difícil.

⁵²⁶TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*, cit., p. 270-271.

⁵²⁷*Id. Ibid.*, p. 271.

⁵²⁸*Id. Ibid.*, p. 271-272. Ainda, apenas para robustecer a importância desse ponto, veja-se que há autorizada doutrina denominando a situação de abuso de posição dominante e de dependência econômica (que muito bem pode ser aplicável para a dependência informacional, vez que a informação também possui perspectiva economicamente aferível) naquilo que denomina novos vícios de consentimento, especialmente porque há uma perspectiva concorrencial em que essas repercussões se colocam grandemente. GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. 2. ed. Torino: UTET Giuridica, 2014. p. 788 e ss. Aqui não se chega a tanto, não se defende a existência de novos vícios de consentimento (não há nem espaço para construir uma justificativa nesse sentido sem desbordar dos limites da tese), mas é fato que os vícios constantes da lei, especialmente aqueles do Código Civil, devem ser analisados com olhos atentos à racionalidade econômica do negócio encetado pelas partes, sob pena de se decidir descolado da realidade.

Dito isso, exemplos coincidentes com o plano teórico aqui desenhado, as cláusulas de *earn-out* praticadas nesse tipo de contrato estabelecem parte do pagamento para o futuro. O pagamento desse tipo de cláusula está sujeito a existência de certas condições ligadas ao atingimento de metas. Dizendo de outro modo, como a atribuição do preço da companhia e seus ativos é um processo complexo, com risco de avaliação a maior, o comprador contingencia seu risco, estabelecendo parte do preço para o momento ulterior, para certificar-se de que a companhia vale o que os vendedores dizem que vale, enfim, que de fato fez um “bom negócio”⁵²⁹.

Nessa hipótese, quem compra está adquirindo os ativos no estado em que se encontram, como também o potencial de crescimento alardeado pelo vendedor. Daí, a fixação do preço é dinâmica, funcionando como mecanismo de incentivo para o vendedor, na fase de transição, auxiliar os compradores, permanecer em cargos-chave e atuar na consecução da finalidade estabelecida⁵³⁰. Interessante observar que, na aquisição de uma companhia, o estágio pós-aquisição é considerado crítico porque irá confirmar ou não se, afinal, o adquirente comprou uma companhia viável, com fundamentos sólidos e, principalmente, com potencial de crescimento⁵³¹.

No entanto, conforme reconhece a jurisprudência, essa configuração aproveita da estrutura condicional, com natureza de condição suspensiva do artigo 125 do Código Civil⁵³², sendo evidente que, para o ponto de vista da definição dos fatos condicionantes (futuros e incertos), a informação deve ser a mais ampla possível⁵³³.

⁵²⁹ “[...] forma de pagamento pelo qual parcela do preço de determinado bem é remetida para o futuro, estando sujeita em sua existência e determinação a certas condições previamente estabelecidas pelas partes contratantes, em regra ao cumprimento de metas empresariais e financeiras futuras e predefinidas.” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, cit., p. 503.

⁵³⁰ FREIRE, José Luís de Salles. Cláusulas de *earn out* em aquisições. *Boletim Capital Aberto*, ed. 80, abr. 2010. Disponível em: <https://capitalaberto.com.br/nao-listavel/clausulas-de-earn-out-em-aquisicoes/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

⁵³¹ RIBEIRO, Gustavo Pires. As cláusulas de *earn-out* e a mediação. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 109-129, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/142/106>.

⁵³² Nos exatos termos do acordão paradigmático: “[...] A subordinação de composição da parte do preço a evento futuro e incerto, de atingimento de metas de faturamento, tem a natureza jurídica de condição suspensiva, na forma do art. 125 do Código Civil.” TJSP, Apel. Cível n. 0125493-61.2012.8.26.0100, 1ª Câmara. Res. de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 02.10.2012.

⁵³³ Afirma a doutrina especializada que há três questões presentes para a negociação da cláusula de *earn-out*: a definição da condição-fato (fatos condicionantes); a definição dos poderes de gestão societária; e, finalmente, a previsão de prestação de contas e fiscalização para conferir se a condição foi preenchida. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 181.

Se, por algum motivo, a incerteza é falsa, já sabendo o vendedor que determinado objetivo não será atingido de qualquer modo, há vício de consentimento importante.

Naturalmente que, nesses casos, como é do interesse do vendedor fazer jus ao valor do *earn-out*, há estímulo para que ele cumpra bem seus deveres de conduta. Mesmo assim, poderia existir uma hipótese em que a venda da companhia é efetuada, com alguma cláusula condicional, para a qual haja a sonegação de uma informação central a propósito da condição, resultando em omissão dolosa, com as consequências correlatas da anulabilidade do artigo 171, inciso II, do Código Civil⁵³⁴.

Todavia, o problema dessas hipóteses de aquisição de companhia ou de compra e venda de participações acionárias de controle é uma série de situações não captadas pela regra geral, exatamente porque o interesse no sigilo e na competitividade do negócio, que possui informações estratégicas, concorre ao lado do interesse de informar o comprador. Assim, o desafio sempre será compreender o que é o fato condicionante e circunscrever as informações a esse objeto, para que o interesse na compra e venda não colida com o interesse social da companhia. Há informações que envolvem a própria sociedade, titular de interesse social e de objetivos autônomos em relação ao controlador⁵³⁵.

Assim, podem existir limitações ao cumprimento do dever de informar, como anota Gabriel Saad Kik Buschinelli, observando que: **primeiro**, existem informações de titularidade da sociedade, que possui um interesse autônomo em sua preservação, donde seu acesso pode e deve ser condicionado a um prévio acordo de confidencialidade; **segundo**, há

⁵³⁴Conquanto haja dever de informar, essas informações podem afetar o interesse de acionistas e do mercado em geral. Daí porque firma-se acordo de confidencialidade e, mais ainda, exerce-se uma avaliação sobre quais dados e documentos serão apresentados ao comprador. Especialmente no caso de companhias abertas, alerta-se que: “[...] como já decidi a CVM, ‘a transmissão de informação relevante não divulgada a qualquer terceiro, seja analista de *rating*, seja consultor, somente pode ser feita (i) no interesse da companhia e (ii) sob contrato de confidencialidade, sob pena de se constituir em transmissão indevida seletiva de informação. O acordo de confidencialidade, ademais, deve prever o comprometimento do beneficiário de se abster de negociar com valores mobiliários da companhia.” BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*, cit., p. 279.

⁵³⁵Apenas para ilustrar, na fase de negociações (que não é a etapa ora tratada, já que a fase de pendência da condição pressupõe negócio existente, válido e apenas com parte de sua eficácia protraída), já se entendeu que pode ser justificável deter informações estratégicas porque dentre os interessados na compra do estabelecimento haverá concorrentes. De tal modo que o Enunciado n. 27, aprovado na 1ª Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal (CJF) prevê o seguinte: “Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade.” CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 27*. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Comercial. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Com explicações sobre os motivos do enunciado: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*, cit., p. 280-281.

desdobro disso, sobretudo na fase de tratativas, em uma delimitação para informações estratégicas da atividade empresarial, donde pode existir prévia triagem; **terceiro**, naturalmente há o dever do comprador de informar-se e, considerando o grau de sensibilidade das informações, inclusive sob uma perspectiva mais ampla, de não fazer uso indevido delas para obter vantagens competitivas em detrimento das regras de mercado⁵³⁶, inclusive, valendo como argumento de reforço, aquele que qualifica o encontro, ou melhor, o equilíbrio entre os interesses do particular no contrato (**endógenos** e vinculados à causa concreta) e os interesses públicos que em torno dele gravitem (**exógenos** de terceiros, difusos ou coletivos) como o regular cumprimento da função social do contrato empresarial⁵³⁷.

(iv) Por fim, mais um dever na fase de pendência é o **dever de coerência**, que encontra-se nas dobras do dever de lealdade de caráter mais geral, eis que a coerência importa comportamento retilíneo, não errático, previsível para os demais, assim estimulando a confiança. A coerência, seja dito, é a dimensão objetivável do ânimo de comportamento leal. A fase de pendência, é certo, não elimina a possibilidade de atuação do devedor expectado, contudo, sua atuação deve guardar coerência com a própria finalidade da obrigação condicional e com o negócio ao qual livremente se vinculou.

O dever de coerência decorrente da boa-fé objetiva repousa na própria confiança gerada pela parte⁵³⁸, pois, quem assina um contrato sob condição de sua eficácia final defluir somente depois de ocorrido ou não um evento futuro e incerto, não pode, contraditoriamente, agir para interferir ou perturbar essa ocorrência. Quem, por exemplo, vende sob condição suspensiva, autolimitou sua propriedade: assim, pode tudo, menos os atos contraditórios com a aposição da condição, o que, em face da necessidade de preservação do direito expectado (a propriedade) até o advento ou não da condição, conduz a uma limitação até intuitiva do direito de dispor e dar em garantia, que tem consequências. Assim, para A. von Tuhr, o que corresponde a **propriedade** ou **crédito** não é um direito de senhorio ilimitado, tal como em

⁵³⁶BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*, cit., p. 272 e ss.

⁵³⁷Enunciado 26, da 1ª Jornada de Direito Empresarial do CJF: “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.” CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 26*. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Comercial. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>.

⁵³⁸TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*, cit., p. 167-168. Sobre: “Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. [...]”. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 606. Pergunta-se, o que está por detrás desse dever de não falsear o objetivo do negócio? A lealdade e a coerência, esta última a dimensão concreta do valor lealdade.

geral se designa sob essas rubricas, mas sim um poder jurídico submetido ao constante perigo de que sobrevenha a condição⁵³⁹.

Vale insistir na ideia básica: o primeiro item do **programa contratual** de um negócio condicionado é a não interferência no sucesso da condição. Evidente que essa não é a meta final, mas é pressuposto para a garantia do direito expectado que dá acesso ao bem jurídico negociado.

Como observa, Menezes Cordeiro, o regime jurídico da pendência da condição gera uma situação particular de conflito de direitos. Cordeiro explica que

aquele que aliene um direito sob condição suspensiva mantém-se seu titular, mas deixará de o ser com a verificação dela; o que, por seu turno, adquira um direito sob condição resolutiva, passa a ser seu titular, mas deixará de o ser com a verificação da mesma⁵⁴⁰.

O autor observa com acuidade:

Em ambos os casos, o titular é, de algum modo, precário; ora, se lhe fosse permitido agir como titular pleno, ele poderia pôr em perigo o direito da outra parte Mas por outro lado, ele é, ainda, titular: alguma vantagem há-de retirar desse facto⁵⁴¹.

Do pensamento de Menezes Cordeiro extrai-se um vetor importante, que não é princípio, não é norma, mas é critério retor para a análise de casos desse jaez: os atributos da propriedade em uma compra e venda sob condição suspensiva ou resolutiva, por ato de autonomia da vontade dos figurantes, devem conviver com o programa contratual do negócio condicionado entabulado. Quer dizer, o proprietário sabe que seu domínio é precário, pendente de uma condição, sabe também quais as razões da contraparte para firmar o negócio, e ele não pode dar com uma mão e tirar com a outra. Seu direito de uso, gozo e disposição deve conviver com o negócio condicionado, esse é um elemento que, no concreto dos casos, deve ser sopesado com base na boa-fé objetiva.

O dever de coerência constringe o figurante a observar as razões também da contraparte e, assim, equaliza esse conflito potencial de interesses sinalizado por Menezes Cordeiro: se o imóvel foi adquirido para fazer uma clínica de repouso para idosos, inclusive em função de já ter como pertencas incorporadas um elevador e mecanismos de acessibilidade para o andar seguinte, apenas condicionada a eficácia da venda à alteração de

⁵³⁹TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*, cit., v. 3, p. 270.

⁵⁴⁰MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 651.

⁵⁴¹*Id. Ibid.*, p. 652.

lei municipal ou ato administrativo permitindo esse tipo de estabelecimento no bairro, o vendedor, na pendência da condição, reformar o imóvel, retirando esses itens, equivale a atacar as razões de direito do comprador, cuja motivação constante, tornada contratualmente apreciável exatamente pela condição-cláusula, era a de montar estabelecimento com esse fim, para o qual a acessibilidade é preponderante. Do mesmo modo, não poderia alugar para locatário cujo modelo de negócio (uma oficina mecânica, por exemplo) exigisse a reforma do imóvel, retirando-lhe exatamente as características que interessaram ao comprador condicional.

Nessa direção e indo mais além, Ana Isabel Afonso afirma que:

Uma vez que o contrato já foi concluído, e tendo em vista a eventual transitoriedade do direito sobre o bem, deve ter-se como contrária à boa fé, logo proibida, uma alteração de destino da coisa. Fazer variar as características do bem constitui, com efeito, uma modificação unilateral e, como tal inadmissível do conteúdo do contrato. A proibição inclui a constituição de direito pessoal de gozo para o qual não seja previsto nenhum corresponsivo (por exemplo, celebração de contrato de comodato) ou apenas se preveja um corresponsivo irrisório, ou que a outra parte não possa desvincular-se senão decorrido um período longo de tempo (por exemplo, celebração de arrendamento para fins habitacionais)⁵⁴².

Segundo nos parece, ainda com base em Menezes Cordeiro, é preciso lembrar que a boa-fé, no âmbito da fase de pendência, desdobra-se em duas vertentes, a **tutela da confiança** e a **primazia da materialidade subjacente**, o que, no exemplo citado, ganha relevância, desde que provado que o vendedor sabia da causa concreta do negócio e das razões do comprador. Claramente, não se poderá desfazer a retirada das pertenças, mas o caso poderá se resolver por perdas e danos. Há infração contratual, no exemplo alinhado, sem margem para dúvidas.

Noutras hipóteses, muito natural que a lei estabeleça, no artigo 126 do Código Civil, uma exigência de compatibilidade durante a fase de pendência, ainda que pela técnica de redação *a contrario sensu*, dizendo que, na pendência da condição, se alguém fizer “novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis”.

Essa exigência de compatibilidade equivale ao dever de coerência legalmente instituído, porquanto, quem aliena sob condição suspensiva, se aliena uma segunda vez, na

⁵⁴²AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 255. Também da doutrina portuguesa, vale citar: “E, dum modo geral, o devedor condicional é obrigado a não proceder de modo a não deixar íntegro para o credor o direito que o respectivo negócio lhe atribuirá, uma vez produzido o evento condicionante, abstendo-se de actos de disposição jurídica ou de transformação económica susceptíveis de comprometer a integridade desse mesmo direito.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, cit., 1974, v. 2, p. 380.

fase de pendência, obviamente age de modo contraditório com a primeira manifestação de vontade. Isso é, com certeza, um exemplo de exercício inadmissível de posição jurídica em que, o alienante, louvando-se em uma tecnicidade que lhe permite deter os atributos inerentes à propriedade (em face da suspensão de certos efeitos típicos da compra e venda), faz nova alienação em flagrante incidência da proibição de comportamento contraditório.

A esse respeito, no entanto, é necessário investigar o alcance da expressão “não terão valor”, a recair sobre as disposições incompatíveis.

No plano doutrinário, o problema atina com a ineficácia das disposições perante o credor **expectante**. Para alguns, o tema entronca com a questão da retroatividade da condição, o que ainda é objeto de debates e não foi completamente resolvido pela doutrina⁵⁴³. Para outros, em posição que nos parece mais acertada, o **não ter valor** implica a ineficácia em relação àquele que operou as novas disposições indevidas, sendo prova disso que, para fins de terceiros de boa-fé, essa disposição não os alcança⁵⁴⁴.

⁵⁴³Reportando a ampla discussão dos autores brasileiros: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, cit., p. 197-213. Também: VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 216-217. MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 141-145. Dos clássicos, por todos: RODRIGUES, Silvio. Da retroatividade e da irretroatividade das condições. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 367-375, jul./set. 2015. Compreendendo o artigo 126 do Código Civil como expressão de um princípio retroativo: “Não obstante a regra do art. 125, segundo o qual, pendente condição suspensiva, não se adquire o direito a que visa o negócio jurídico, não fiam as partes livres de consequências, se realizarem disposições incompatíveis com a condição acordada, vindo esta a ocorrer. Decorre isso do princípio da retroatividade das condições. Essas consequências variam de acordo com a natureza do objeto e em relação às partes ou terceiros. As disposições aqui referidas compreendem alienações, cessões ou constituição de direitos reais, não abrangendo os atos de administração. Em relação a terceiro de boa-fé, a superveniência da condição não o prejudica, em regra, de modo que ficam salvos os negócios sobre bens fungíveis e móveis em geral de boa-fé adquiridos, e imóveis, se no registro não contiver menção à cláusula de condição. Também não interfere o implemento de condição sobre os frutos percebidos. Responderá, porém, a parte por perdas e danos se, realizado ato de disposição incompatível com a condição entabulada, não puder restabelecer a integralidade do negócio firmado.” DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 126. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, cit., 2010, p. 111. As exceções são tantas, apontadas por Veloso, que fica difícil alçar a retroatividade ao *status* de um princípio geral. Ainda, entendendo a retroatividade como uma falsa questão: “Afinal, não há vantagem em, como regra geral ou norma inflexível, estabelecer o princípio da retroatividade ou da irretroatividade das condições. O fundamental é que seja estabelecido um sistema que proteja os interesses em jogo, tanto o direito expectativo do credor condicional como os direitos do devedor, para que o implemento da condição possa determinar a eficácia almejada pelas partes.” VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, cit., p. 73.

⁵⁴⁴Pela irretroatividade, na linha adotada neste trabalho: “Como se vê, a discussão acerca da retroatividade dos efeitos da condição deve ser compreendida como expressão da tutela, conferida pelo legislador – normalmente mediante efeitos obrigacionais, e por vezes com efeitos reais –, da situação jurídica daquele que se beneficia com a condição. Desse modo, a retroatividade dos efeitos significa não já a supressão de atos pretéritos, mas a perda de eficácia de aludidos atos quando incompatíveis com o direito atribuído àquele a quem aproveita a realização da condição. A título ilustrativo, o implemento da condição não acarretará a perda pelo locador dos alugueis percebidos até o seu advento. Apenas os efeitos incompatíveis com a situação jurídica inaugurada com a condição devem ser extintos.” TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Notas sobre a condição no negócio jurídico, cit., p. 65.

O cerne, ferindo a debatida questão sobre a vigência, no direito pátrio, do princípio da retroatividade ou da irretroatividade da condição (*rectius*: dos efeitos da condição), pode ser alcançado, indagando quais valores busca-se prestigiar: de acordo com Orlando Gomes, também observado por Martins-Costa, fica evidente que o ponto é a tensão entre a segurança jurídica e a socialidade inerente à proteção dos terceiros de boa-fé. Ao fim e ao cabo, tem razão quem diminui a importância da retroatividade ou irretroatividade como princípio geral e atenta mais aos interesses em conflito no caso concreto, a partir especialmente da intenção consubstanciada na declaração de vontade⁵⁴⁵. Em consequência, observada a própria finalidade da condição (que pode exatamente variar, inclusive porque atualmente discute-se a utilização atípica da condição), se, via de regra, “a função da condição refere-se ao deslocamento temporal da exigibilidade de determinados efeitos, em razão de uma situação fática incerta, a retroeficácia não é, em princípio coerente com tal escopo”⁵⁴⁶.

Assim, se a expressão “não terão valor” estivesse discutindo o plano da validade, o tema seria de nulidade ou anulabilidade; no entanto, o caso é de ineficácia em relação àquele que deflagrou a disposição incompatível, preservados os terceiros de boa-fé. É possível se estabelecer um paralelo com o artigo 1.069 do Código Civil de 1916, cuja redação assim dispunha: “A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”. A doutrina entendia esse “não vale” como uma verdadeira ineficácia, não como uma questão que concerne ao plano da validade. O Código Civil de 2002 evoluiu no tema, conforme consta da atual redação do artigo 290: “A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada [...]”. Antônio Junqueira de Azevedo trouxe a questão, demonstrando com casos práticos, situações em que o “não valer” equivale, na verdade, a ser ineficaz em relação a alguém, em geral, um terceiro de boa-fé, para fins de segurança jurídica das relações⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 144. Com autoridade: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 356-357.

⁵⁴⁶MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 145.

⁵⁴⁷“Finalmente, daremos um último exemplo do fator de eficácia, antes de tentarmos realizar sua classificação. No art. 1.069 do Código Civil [de 1916], a propósito da cessão de crédito, a lei diz que a cessão ‘não vale em relação ao devedor’, enquanto não for a este notificada; no mesmo capítulo, diz também o Código Civil [de 1916] (art. 1.067) que a cessão ‘não vale contra terceiros’, se não for feita por instrumento público ou particular, exigindo, ainda, a Lei de Registros a transcrição do instrumento, para os mesmos efeitos, no Registro de Títulos e Documentos. Ora, esses ‘não vale em relação a’ significam que o negócio não produz efeitos para fulano ou beltrano; a questão não é de validade, mas sim de eficácia. A notificação ao devedor e o registro do instrumento da cessão são, pois, nessas hipóteses, fatores de eficácia.” JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 56. No âmbito da jurisprudência, interessante o acórdão assim ementado: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO AO DEVEDOR. CONSEQUÊNCIAS. I – A

O mesmo vale para a expressão “não terão valor”, constante do artigo 126 do Código Civil que, na verdade, está a tratar da ineficácia em relação ao credor condicional das disposições incompatíveis com a condição, sempre que não sobrevenha o interesse de um terceiro de boa-fé, o que, repita-se, demonstra que não se trata de validade, mas de ineficácia. Mais ainda, o artigo 126 não traz uma retroeficácia, mas sim uma ineficácia em relação ao credor condicional dos atos incompatíveis com a condição, porém, essa tutela se dá no presente e o alcance *ex tunc* em verdade é efeito da ineficácia presente de atos passados, mas setorizada para um determinado sujeito que se pretende proteger (o terceiro de boa-fé, o credor condicional), sendo que o natural, o desejável na nulidade é a retirada dos efeitos para todos e desde sempre (*ex tunc*)⁵⁴⁸.

Tomando um exemplo que vem reforçado pelo constante no artigo 54, da Lei n. 13.097/2015⁵⁴⁹, **princípio da concentração dos atos na matrícula**, segundo o qual “o adquirente de imóvel somente pode sofrer os efeitos de atos que estejam averbados na matrícula deste”⁵⁵⁰, vem sendo reconhecido pela jurisprudência, entronizando mais ainda a segurança jurídica nas relações. Como consequência disso, o ato incompatível com a condição suspensiva de alienação a terceiro de boa-fé – caso não conste a averbação do

cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificada. II – Isso não significa, porém, que a dívida não possa ser exigida quando faltar a notificação. Não se pode admitir que o devedor, citado em ação de cobrança pelo cessionário da dívida, oponha resistência fundada na ausência de notificação. Afinal, com a citação, ele toma ciência da cessão de crédito e daquele a quem deve pagar. [...]”. STJ, REsp 936589/SP, 3ª T., rel. Min. Sidnei Benetti, j. 08.02.2011, DJe 22.02.2011. Se a ausência de cessão fosse concernente à validade, o débito não poderia ser exigido judicialmente, devendo ser decretada sua nulidade.

⁵⁴⁸O que também vem evoluindo, especialmente porque a doutrina observa que também o negócio nulo gera efeitos e esses efeitos podem inclusive ser mantidos, exatamente para proteção de terceiros de boa-fé. Isso alcança até o artigo 169 tratando da nulidade absoluta que, em linha de princípio, não se convalida nunca. Veja-se Enunciado 537, VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A previsão contida no artigo 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela.” CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 537*. Aprovado na VI Jornada de Direito Civil. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Nessa senda, com acurácia: BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico, cit.*, p. 179 e ss.

⁵⁴⁹“Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: (...) §1º. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no registro de imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.”

⁵⁵⁰STJ, RMS 55425/sp, 1ª T., rel. p/ acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13.10.2020, DJe 30.11.2020. Nessa linha: TJSP, Apel. Cível n. 1025449-76.2018.8.26.0562, 25ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 28.05.2019; TJDFT, Agr. Reg. na Apel. Cível 20090110439883APC, 1ª Turma Cível, rel. Desª. Simone Lucindo, j. 21.10.205; TJRJ, Apel. Cível n. 0026313-94.2017.8.19.0002, 19ª Câmara. Cível, rel. Des. Ferdinando Nascimento, j. 11.12.2018.

negócio condicionado na matrícula do imóvel – , de uma maneira geral, não atingirá esse mesmo terceiro, restando ao credor condicional apenas a via das perdas e danos. A questão é de eficácia, não de validade. E, mais, os efeitos não são retroativos, o que ocorre é que, no presente, as disposições efetuadas no passado são ineficazes em relação a alguém. Amaral Neto, ao tratar do tema, ainda em referência ao artigo 122 do Código Civil de 1916, em tudo igual ao atual artigo 126, afirmou que : “Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizadas a condição, se com ela forem incompatíveis”, o autor também observou que não existe retroeficácia, o que há é a ineficácia imposta pelos limites da boa-fé⁵⁵¹.

É essa a nossa posição, inclusive, porque é a que melhor atende aos princípios da **eticidade** (com base na ideia de boa-fé e *correttezza*), da **socialidade** (prestigiando a função socioeconômica da condição-cláusula) e da **operabilidade** (porque a ineficacização dispensa o manejo da complexa e antinatural retroatividade, tão antinatural que não pode ser aplicada às obrigações de fazer, como já divisava Orlando Gomes), todos bastante caros a atual codificação⁵⁵².

No plano prático, vale trazer julgado do TJSP, com intenso debate a respeito do alcance do artigo 125 do Código Civil, envolvendo também a temática da retroatividade ou não da condição (suspensiva, no caso)⁵⁵³.

A controvérsia assim se resume: uma usina de açúcar e álcool estabeleceu contrato de prestação de serviços com escritório de advocacia, cujo formato compreendia pagamento de honorários divididos em (i) remuneração mensal pela prestação de serviços advocatícios (ademais do reembolso de despesas); (ii) honorários advocatícios na modalidade *ad exitum*, submetidos à condição suspensiva de redução dos passivos tributários da contratante, quando então o escritório faria jus a um percentual sobre o proveito econômico. Sobreveio recuperação judicial e, com isso, a discussão sobre a extraconcursalidade ou não dos créditos devidos ao escritório pela usina recuperanda.

Foi aí que o tema chegou na 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, onde instalou-se um interessante debate, revolvendo com profundidade a questão da

⁵⁵¹AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro, cit.*, p. 286-287.

⁵⁵²REALE, Miguel. Espírito da nova lei civil. In: REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 35-38.

⁵⁵³TJSP, Agr. Instr. n. 2238741-96.2020.8.26.0000, 1ª Câm. Res. Dir. Empresarial, rel. Des. César Ciampolini, j. 23.02.2022.

retroatividade ou não da condição suspensiva e o alcance das previsões correlatas contidas nos artigos 125 e 126 do Código Civil⁵⁵⁴.

Com relação aos valores derivados de prestação mensal, a questão não guarda dúvida, aquilo que foi anterior ao pedido de recuperação é concursal e o que foi posterior, extraconcursal. O problema fica por conta dos créditos submetidos à condição suspensiva da cláusula *ad exitum*. O enquadramento prevalecente, do voto do relator, partiu do fato gerador conforme já sedimentado pelo STJ⁵⁵⁵, segundo o qual os fatos geradores dos honorários atrelados ao êxito, ou seja, com condição suspensiva, correspondem às

decisões administrativas que, por último, deliberam sobre cada dívida tributária, da recuperanda, o equivalente à sentença/acórdão, decorrendo do definitivo cancelamento de dívidas tributárias da recuperanda nos seguintes processos administrativos: 10840.003046/2003-93, 10840.720727/2009-15 e 10840.001811/2009-36⁵⁵⁶

Isso porque, a corte compreendeu que “com a celebração do contrato de prestação de serviços advocatícios, surgiu direito expectativo aos honorários *ad exitum*; não ainda, porém, os direitos aos próprios honorários [direito expectado]”⁵⁵⁷.

Assim, todos os créditos derivados de condição suspensiva que se aperfeiçoou depois do pedido de recuperação judicial são extraconcursais, devendo a apuração ser feita caso a caso.

Já o voto vencido, partindo também da mesma ideia de fato gerador, encaminhou conclusão diferente, entendendo que, se por um lado “é inequívoco que o benefício econômico obtido pela recuperanda foi a vitória com o cancelamento dos processos

⁵⁵⁴Já havia, é certo, um antecedente das Câmaras Reservadas, como bem anotado pelo voto condutor do Desembargador César Ciampolini, assim ementado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – Pretensão do credor à exclusão dos créditos arrolados como quirografários, o primeiro no montante de R\$ 143.100,00 por já ter sido quitado e, o segundo, no valor de R\$ 1.486.660,76 por se tratar de crédito não sujeito à recuperação judicial – Decisão de primeiro grau que acolheu o pedido quanto ao crédito já quitado e, entendeu que o segundo crédito sujeita-se à recuperação, ficando a classificação e a definição do quantum para momento oportuno – Acolhimento – Crédito decorrente de contrato de prestação de serviços advocatícios com cláusula *ad exitum*, cuja definição (trânsito em julgado administrativo) ocorreu após a data da distribuição do pedido recuperacional – Entendimento jurisprudencial nesse sentido – Recurso provido por maioria de votos, com imposição de ônus sucumbenciais à parte vencida.” TJSP, Agr. Instr. n. 2039301-22.2020.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 26.04.2021.

⁵⁵⁵Tema Repetitivo 1051. Tese firmada. “Para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Tema Repetitivo 1051*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1051&cod_tema_final=1051. Acesso em: 31 jan. 2023.

⁵⁵⁶TJSP, Agr. Instr. n. 2238741-96.2020.8.26.0000, 1ª Câmara Res. Dir. Empresarial, rel. Des. César Ciampolini, j. 23.02.2022.

⁵⁵⁷TJSP, Agr. Instr. n. 2238741-96.2020.8.26.0000, 1ª Câmara Res. Dir. Empresarial, rel. Des. César Ciampolini, j. 23.02.2022.

administrativos”, por outro, como os cancelamentos ocorreram nove meses após o pedido de recuperação judicial, o fato gerador não eram as decisões administrativas de cancelamento, mas sim o contrato firmado tempos antes do pedido de recuperação judicial e, portanto, o crédito era concursal.

Afirmou, em abono de seu raciocínio, o seguinte:

Ocorre que os desfechos desses processos não podem ser concebidos como fatos geradores, pois trata-se de eventos futuros e incertos, associados à eficácia do negócio jurídico (elemento acessório ou acidental).

É insofismável que o fato gerador da obrigação é o negócio jurídico avençado entre as partes na sua dimensão existencial!

[...]

A cláusula ‘ad exitum’ é condição suspensiva do negócio jurídico, que somente produziria efeito em caso de vitória nos processos administrativos tributários (evento futuro e incerto), situação que, de fato, ocorreu.

Todavia, a condição do negócio jurídico (art. 121 do Código Civil) é evento irrelevante para fins de classificação do crédito, relacionando-se, muito mais, com a exigibilidade da obrigação e não com a sua existência/validade.

Não há como negar, sob o ponto de vista jurídico, que a condição suspensiva é elemento acidental do negócio jurídico, sendo certo que a obrigação nasceu do contrato e não do evento futuro e incerto que acabou ocorrendo.

A celebração dos contratos, portanto, que é o fato gerador do direito discutido⁵⁵⁸!

O raciocínio é engenhoso e coloca sobre a mesa a ambivalência existente, na perspectiva dos efeitos, em relação ao negócio sob condição suspensiva que, por um lado, não representa direito adquirido (art. 125) e, por outro, parte de uma base já conclusa no plano da existência, que é esse mesmo negócio, tanto isso é verdade que a distinção entre o que prevê o mesmo artigo 125 e o artigo 5º, §1º, da LINDB, teve que ser enfrentada pela doutrina, como visto. Para fins de aquisição do direito sob condição suspensiva, o credor condicional (expectante) só o tem com o advento do fato condicionante; para fins de direito intertemporal, todavia, a lei nova não alcança o direito sob condição inalterável ao arbítrio de outrem.

O significado mais profundo desse duplo tratamento foi tocado pelo voto vencido, onde se percebe essa **intuição**. O contrato com cláusula de condição já existia no tempo do pedido de recuperação judicial, assim, o fato gerador deveria ser a base jurídica preceptiva da qual partiu o efeito, não o próprio efeito (na conclusão da condição).

A ideia não é absurda, ao contrário, poderia fazer sentido, não fosse a centralidade do aporte teórico de Pontes de Miranda que verdadeiramente resolve a questão: (i) premissa, não há relação jurídica sem fato jurídico e não há direito sem relação jurídica já existente;

⁵⁵⁸Trecho do voto vencido do desembargador J. B. Franco de Godoi. TJSP, Agr. Instr. n. 2238741-96.2020.8.26.0000, 1ª Câmara. Res. Dir. Empresarial, rel. Des. César Ciampolini, j. 23.02.2022.

(ii) assim, as medidas de conservação que, nenhuma das duas partes antagônicas nega existirem para o direito sob condição, só existem porque já existem relação jurídica e direito aparelhado com pretensão; (iii) esse direito deriva da fase de pendência da condição, no entanto, ele não é o direito em si visado pela parte (no caso, não é o direito aos honorários de êxito), é um direito instrumental, proteção da posição de expectativa e, aqui, ganha força a dicotomia **direito expectativo** (proteção a expectativa na fase de pendência) e **direito expectado** (o direito em si, com apreciação econômica, visado pelo credor condicional); (iv) conclusão, em rigor, o fato gerador do crédito não é nem a decisão administrativa posterior ao pedido de recuperação judicial (que apenas espelha, no contexto da causa, o direito expectado que deriva de um percentual sobre a economia tributária gerada pelo trabalho do escritório), nem o contrato de prestação de serviços advocatícios anterior ao pedido de recuperação judicial. O fato gerador é o **direito expectado** que, nascendo, faz nascer o crédito do referido escritório.

Assim, é bastante evidente que o contrato de prestação de serviços de advocacia, enquanto realidade, já existia e que a condição opera no plano dos efeitos: tem razão o voto dissidente nesse particular. Mas, o existir do contrato gerava, até o advento da condição, uma posição de expectativa, um **direito a crédito**, na precisão ponteana; o **direito de crédito** só passou a existir com o implemento da condição suspensiva, posteriormente ao pedido de recuperação judicial.

Em suma, a partir da existência do negócio jurídico, é possível afirmar que a condição opera no plano dos efeitos; a partir do tipo de direito que esse negócio gera, a condição opera no plano da existência, porque o direito expectado somente irá existir quando a condição acontecer. Essa situação, vale dizer, não conduz a nenhuma incoerência com a salvaguarda de direito intertemporal proposta pela LINDB, pois, na lei a proteção é ao **direito expectativo**, direito a defesa de sua posição de expectativa que já existe e avançou nos planos da existência e da validade, sem o que seria ilógico falar de medidas de conservação.

Em relação ao fenômeno da condição, a força explicativa da abordagem de Pontes de Miranda, segundo nos parece, mostra-se reforçada em um caso como esse porque oferece uma solução coerente e amoldada ao que já existe *de lege lata*. Logo, a praticabilidade da abordagem é inegável.

Vale dizer mais, porque é fundamental atentar para o que é contrato (fato jurídico) e o que é obrigação derivada do contrato (efeito do fato jurídico). No exemplo do julgado pelo TJSP, no momento anterior ao pedido de recuperação, não havia obrigação creditícia da parte

da recuperanda, porque a condição não havia se implementado. Com sua implementação, passa a existir a obrigação creditícia, cronologicamente posterior ao pedido de recuperação. Confundir a obrigação derivada do contrato com o próprio contrato não é adequado, exatamente porque um contrato bilateral gera, pelo menos, duas obrigações contrapostas entre si, podendo gerar outras, baseadas nele, mas com nascimento posterior, como no contrato de prestação periódica, sendo que cada obrigação é autônoma e tem prazo prescricional autônomo, a exemplo dos vencimentos de alugueis, prestações de trato sucessivo⁵⁵⁹.

Assim, o direito de crédito nasceu depois do pedido de recuperação judicial, muito embora o contrato do qual ele deriva tenha nascido antes. Porém, o contrato não pode ser alçado à condição de fato gerador de um efeito cuja causa eficiente foi o implemento da condição suspensiva⁵⁶⁰.

Enfim, o raciocínio alvitrado pelo voto vencido, respeitado seu engenho e erudição, peca pela base, pois não opera com a distinção **direito expectativo** e **direito expectado**, ambos derivados do contrato, mas com nascimento em momentos diferentes, compondo cada qual um suporte fático autônomo sobre o qual incidiu a regra, que geram fatos jurídicos também autônomos (o contrato condicionado, suporte fático do qual deriva o direito expectativo; o implemento da condição, suporte fático do qual deriva o direito expectado, o crédito exigível).

⁵⁵⁹COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 700.

⁵⁶⁰É certo, no entanto, que o tema dá margem para amplíssima discussão e, como dito, a posição minoritária não seria, em tese, indefensável. Um raciocínio que poderia, *ad argumentandum*, abonar aquele do voto vencido, reside nesse trecho de doutrina: “A parte expectante, pelo contrário, desde a celebração do *negócio condicional*, é titular de um direito formado pela maioria das faculdades que compreendem um *direito subjetivo de crédito*, mas que lhe falta ainda a faculdade da *exigibilidade*, cuja verificação está a depender do acontecimento da *condição-fato*.” MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 105. Nesse ponto, Martins-Costa enfatiza similaridades ente o direito de crédito e o direito fruto do negócio sob condição, o que reforçaria a tese do relator, no entanto, em rigor, parece que a melhor opção é insistir na clivagem direito expectativo e direito expectado, sendo claro que o direito expectativo possui características do direito expectado, mas sua existência é autônoma a dele, porque existe independentemente da existência do outro. Dessa autonomia deriva o acerto do voto condutor e da posição tomada pelo TJSP, na espécie.

3.2.3 Mecanismos de tutela

Como visto, o regime jurídico do estado de pendência é um regime tuitivo, de proteção dos interesses em **expectação** por conta da pendência da condição. Na prática geral, um interesse tem três formas de ser protegido: (i) legal, quando o legislador já estabelece mecanismos que criam direitos subjetivos aparelhados com pretensão; (ii) contratual, quando as partes contratam defendendo seus interesses, criando regras autovinculativas; (iii) processual, quando os direitos criados a partir das duas outras dimensões são postos em movimento (lembrando que, no fim, quem cria efeitos é o fato jurídico)⁵⁶¹. Além do sistema de garantias, típicas e atípicas, que reforçam o cumprimento da obrigação encetada.

Até aí nada de novo, mas o certo é que, uma vez divisado o que é direito expectativo e o que é direito expectado, o regime de pendência pode ser objeto de uma tutela mais completa

Insistindo na discussão da chamada **retroatividade**, da qual se tentou extrair um princípio geral, o ponto é exatamente aquele ferido por Orlando Gomes, menos atento à querela acadêmica e mais focado a definir quais são os interesses dignos de tutela⁵⁶².

Aqui, a mesma coisa, antes de definir as possibilidades de tutela dos interesses advindos da fase de pendência é preciso ter em mente quais são os verdadeiramente tuteláveis.

Como exposto, inclusive da leitura do artigo 125 do Código Civil, não há direito até o acontecimento do fato futuro e incerto, na condição suspensiva. No entanto, existe o direito expectativo, inerente à preservação da incerteza da condição, sem qualquer perturbação ou influência e, também, à preservação da potencialidade econômica desse mesmo direito, para o caso de o acontecimento ter lugar.

As conclusões, nesse momento, são (i) há interesse evidente, constitutivo do **coração** da funcionalidade da condição, de não interferência na conatural incerteza do elemento condicional, levando, em um primeiro momento, ao reconhecimento de uma obrigação de caráter negativo de não interferir para perturbar a incerteza da condição; (ii) há interesse, enriquecido pela cláusula geral de boa-fé, de assumir a existência de uma obrigação de cooperar para o interesse da parte contrária, o que pode conduzir a deveres positivos de

⁵⁶¹“[...] É tanto erro enunciar-se que a lei é causa da eficácia quanto enunciar-se que é causa da eficácia o suporte fático. A eficácia é do fato jurídico.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 1, p. 78.

⁵⁶²GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 356.

prestar para a consecução da condição (imaginando, novamente, a apresentação de documentos e plantas para que o interessado postule a obtenção de alvará do poder público); (iii) por fim, há o interesse de manter a integridade do direito da outra parte, o que é melhor compreendido quando pesquisa-se as razões econômicas envolvidas no negócio. Os dois primeiros interesses são vinculados ao fato condicionante, já o terceiro reflete o interesse ligado à conservação da utilidade, da indenidade patrimonial do direito expectado, para o caso de a condição ocorrer. Esse terceiro interesse deriva do artigo 130 do Código Civil com um matiz (com os cuidados que o paralelo impõe) próximo às providências de natureza cautelar contidas no artigo 300 do CPC, pois, a racionalidade das medidas de conservação acomoda-se bastante bem à ideia de preservação da utilidade do bem jurídico, caso sobrevenha o direito subjetivo relacionado a esse bem (direito expectado).

Assim há mecanismos tutelando a correta evolução do fato condicionante, dentro das balizas de futuridade e de incerteza, uma vez que a interferência é uma infração, leia-se, vai contra a finalidade do negócio condicionado. Há também mecanismos tutelando o devir, a utilidade da expectativa para o credor, o direito final a que se visa. Logo, em uma venda imobiliária com condição suspensiva, o comprador (credor expectante) pode se defender da interferência indevida do devedor no que concerne ao resultado da condição-fato, mas, igualmente, pode mover uma ação contra terceiros que estão a turbar a posse do devedor leniente que nada faz para defendê-la. Em um primeiro nível, defende as características mesmas do regime da condição, em segundo, a projeção patrimonial do seu direito caso a condição sobrevenha. Em um segundo nível, um exemplo mais imaginativo, mas factível, é de uma ação de obrigação de fazer para que o devedor condicional que possui o bem realize determinadas benfeitorias que previnam sua ruína.

Sobre o conteúdo da boa-fé objetiva e seu alcance no contexto da fase de pendência, vale observar que há afirmações – repletas de sentido como o aqui defendido – na direção de que não só existe o dever de abster-se de comportamentos que provoquem o perecimento ou a deterioração do bem, “mas também aqueles atos de aproveitamento da coisa que possam, uma vez verificado o evento condicionante, traduzir-se em prejuízo da ‘integridade

do direito da outra parte”⁵⁶³. Incluem-se aí todas as formas de transformação ou modificação capazes de alterar a destinação do bem ou sua utilidade⁵⁶⁴.

Retomando a dimensão cooperativa da boa-fé como veiculadora de deveres de conduta, com conteúdo de atuação positiva e não apenas negativa, vale a citar Ana Isabel Afonso, que aponta para projeções até então inusitadas na nossa literatura especializada, observando que “o titular que beneficia (ainda) da disponibilidade do bem deve ser diligente na sua conservação, realizando as benfeitorias necessárias e também defendendo o bem contra agressões de terceiros”⁵⁶⁵.

Na mesma linha, Gianpaolo Chiesi afirma que, na fase de pendência, surge um vínculo recíproco à manutenção da incerteza própria desta etapa, que pode concretizar-se em vários sentidos: em custódia ativa e manutenção do bem sujeito ao contrato condicionado e em comportamento omissivo no que diz respeito à destruição, dano ou mudança de destino do próprio bem; em comportamentos ativos de contribuição para a produção do fato condicional; em comportamentos passivos de não interferência no processo causal de produção do próprio fato; ou em comportamentos ativos de advertência ou informação à contraparte a respeito de algumas circunstâncias ocorridas durante o curso da pendência sobre a determinação do fato condicionante⁵⁶⁶.

Cada uma dessas variáveis presume uma possibilidade diferente de acionar a tutela do Estado e revela uma faceta do interesse em manter íntegras as razões do credor

⁵⁶³AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 254/255. A expressão “integridade do direito da outra parte” consta do artigo 272 do Código Civil português: “Art. 272º - Pendência da condição – Aquele que contrair uma obrigação ou alienar um direito sob condição suspensiva, ou adquirir um direito sob condição resolutiva, deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa-fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte.”

⁵⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 255.

⁵⁶⁵AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 255.

⁵⁶⁶CHIESI, Gianpaolo. *La buona fede in pendenza della condizione*, cit., p. 32. Também: “*In pendenza della condizione, la buona fede fonda obblighi accessori rispetto a quelli che sorgono dal contratto e, nel contempo, svolge la funzione di limite all’agire dell’obbligato o dell’alienante sotto condizione suspensiva o dell’acquirente sotto condizione resolutiva, anche sotto il profilo dell’abuso del diritto. Dato che la buona fede contemplata dall’art. 1.358 cod. civ. è quella obbiettiva, in caso di alienazione, la responsabilità del soggetto cui spetta l’esercizio del diritto durante la pendenza della condizione sussiste nono solo se la mancata verificação della condizione, l’estinzione del diritto o il perimento o il deterioramento dell’oggetto di esso sia imputabile a sua colpa, ma anche se egli trascura di operare secondo i principi della lealtà e della correttezza, producendo un danno all’altra parte. Perciò, il titolare del diritto in pendenza della condizione è tenuto, quando ciò sia richiesto dalla buona fede, ad attivarsi per la conservazione del diritto dell’altra parte, essendo responsabile per la violazione di tale obbligo. Anche il debitore risponde per la condotta sleale e scorretta e deve conservare la possibilità che il negozio dispieghi i suoi effetti.*” FINAZZI, Giovanni. *La struttura e l’adimplemento: correttezza e buona fede*, cit., p. 1340. Nesse ponto, a análise de Finazzi parte do artigo 1.358 do Código Civil italiano, cuja redação é bastante exigente no que diz respeito à análise penetrante dos interesses em jogo, porquanto é de se notar que o dispositivo determina que o obrigado deve, na pendência da condição, comportar-se segundo a boa-fé, para conservar íntegras as razões da outra parte, disposição que influenciou o art. 272º do Código Civil português de 1966.

condicional que, no concreto do processo judicial, serão moldadas ao binômio necessidade-adequação, já se sabendo, desde logo, que o sistema compreende essas manifestações do interesse do credor como tuteláveis. A análise que hodiernamente se faz da fase de pendência não chega nem perto de problematizar todas as hipóteses passíveis de ocorrência prática e perquirição em juízo. O tema está longe de se dar por esgotado.

3.2.4 A posição do credor expectante e seus limites: distinção entre atos conservativos e dispositivos

Sobre a posição do credor expectante, grande destinatário das medidas de proteção do regime jurídico da pendência da condição, já debateu-se a perspectiva que o protege: há os impactos da boa-fé objetiva, da lealdade e da correção; há o próprio debate da retroatividade ou não da condição que, na prática, põe seus interesses ao abrigo de condutas incompatíveis com a condição; tem-se como cerne o artigo 130 do Código Civil que prevê as medidas de conservação em geral; que estabelece, como se entrevê, evidente diálogo com os artigos 297 e 300 do CPC, no que concerne ao poder geral de cautela do juiz, justificando um apoio que se, de um lado, podia ser deduzido do sistema, por outro, na presença de previsão literal de tais medidas, encorpa o interesse de agir do eventual postulante em juízo e facilita a argumentação nesse sentido.

Todavia, também o devedor expectado possui direitos e a posição do credor é repleta de limites, a começar pelos relacionados ao artigo 125 do Código Civil: valem os deveres de correção e lealdade e é cogente a boa-fé objetiva, seja como cláusula geral em matéria obrigacional, seja como especialização facetada de um dever acessório no bojo da relação concretamente considerada.

Se por um lado, as medidas de conservação representam um limite autoimposto, é certo, ao devedor no exercício de seu direito provisório na fase de interinidade, por outro, não podem representar um abuso ou uma distorção que vaze os limites de pretensões de caráter meramente conservatório. Essa constatação apenas reforça a zona de penumbra reinante sobre a fase de pendência, que exige mais estudos, inclusive para a compreensão do papel da boa-fé objetiva nessa etapa.

O tema é absolutamente desafiador e deve, sobretudo em condições bilaterais⁵⁶⁷, ser observado não apenas pelo ângulo do credor titular do acervo de medidas conservatórias a que alude a lei, mas também da perspectiva do devedor que não pode sofrer conduta abusiva ou invasiva a perverter a própria finalidade instrumental dessas mesmas medidas, as quais, estabelecendo um paralelo com o direito processual, estão para o direito expectado na mesma posição que as cautelares nominadas e inominadas estão para o provimento jurisdicional: em uma função serviente, atada à preservação da utilidade final do provimento objetivado.

Há muito por fazer a partir desse eixo temático, considerando inclusive a flagrante escassez de precedentes judiciais. Ana Isabel Afonso afirma, com base em farta doutrina portuguesa e italiana, que a densificação da boa-fé objetiva na fase de pendência ainda está por construir⁵⁶⁸.

Aprofundando o tema, então, a ênfase do regime é realmente a proteção dos direitos do expectante, no entanto, o regime da fase de pendência também apresenta proteção para o **devedor expectado**. De início, vale destacar⁵⁶⁹ que no negócio condicionado, não há exigibilidade, não há como pleitear todos os efeitos típicos do negócio, de onde se conclui que o **devedor expectado** conta com a proteção legal da ação declaratória de inexigibilidade de débito e da ação de repetição de indébito, porque o pagamento antes do implemento da condição não é devido, nos termos dos artigos 332 e 876, ambos do Código Civil.

⁵⁶⁷Existem, sempre é bom lembrar, as condições unilaterais para as quais a realização do fato condicionante interessa apenas a uma das partes. A esse respeito, confira-se: “*La condizione unilaterale, dunque, per i nostri giudici, è la condizione aposta nell’esclusivo interesse di uno dei contraenti, rinunciabile sia dum (condicio) pendet sia dum (condicio) (de) est.*” LENER, Giorgio. *Contributo allo studio della condizione unilaterale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 2-3. Ainda sobre a centralidade do interesse e da possibilidade (consequência lógica) da renúncia da condição, na definição da unilateralidade desta: “*L’interesse alla condizione (9), vice-versa, si presenta costantemente in termini di rigida alternativa: unilateralità o bilateralità. Va da sé che l’unilateralità e la bilateralità non attengono alla stipulazione della condizione: sul piano della formazione del contratto, infatti, la condizione è necessariamente bilaterale, come qualunque altra clausola, in quanto manifestazione della volontà delle parti (10). L’unilateralità dell’interesse alla condizione (e, quindi, la locuzione ‘condizione unilaterale’), come poc’anzi rilevato, viene, allora, ad indicare che la condizione è stata aposta nell’interesse di uno solo dei contraenti: in altre parole, una sola parte è interessata all’evento dedotto in condizione, mentre l’altra è portatrice di un mero interesse genérico al verificarsi o al non verificarsi dell’evento (a seconda che si abbia riguardo ad una condizione sospensiva o risolutiva), siccome incide sull’efficacia-inefficacia negoziale.*” LENER, Giorgio. *Contributo allo studio della condizione unilaterale, cit.*, p. 4. Ainda, vale remissão ao estudo: GERALDES, João de Oliveira. Sobre o poder de renunciar unilateralmente a condições suspensivas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 8, v. 29, p. 299-337, out/dez, 2021. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1028>.

⁵⁶⁸“Dizer que os contraentes devem atuar de modo correto, leal e honesto na fase de pendência condicional, ou cooperar um com o outro, abstendo-se de comportamentos desleais, é dizer muito pouco sobre o conteúdo efetivo do comportamento devido. Não é fácil densificar ou concretizar o conteúdo do princípio da boa-fé nesta fase interina.” AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda, cit.*, p. 253.

⁵⁶⁹Fernanda Mynarski Martins-Costa, na produção mais recente, enfrentou com méritos a matéria. Veja-se: *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 125-127.

Mas não é só. Essas são as repercussões mais evidentes, logicamente decorrentes da inexigibilidade do crédito até que ocorra a condição. Existem outras repercussões na fase de pendência que bastante interessam, como a questão da propriedade que implica em não perturbar a atividade do devedor expectado, pois, o direito do qual ainda é titular o devedor concorre com o direito do qual será titular o credor; o ponto crucial aqui relaciona-se à análise do que é ato de mera administração e do que é ato de disposição com potencial para prejudicar o credor.

Nesse particular, uma análise *a contrario sensu* dos limites das medidas de conservação a que faz jus o credor põe em evidência a posição do devedor, também ela preenchida por direitos a serem respeitados. Durval Ferreira, dissertando sobre a fase de pendência, observa que o direito do adquirente condicional – seja ele direito do adquirente sob condição suspensiva, seja direito do “readquirente” suspensivo na condição resolutiva – “é o direito específico ao direito do negócio típico: não é o direito do negócio típico; este sendo futuro e incerto”⁵⁷⁰.

Reafirma-se aqui a presença, na fase de pendência, de direitos coetâneos e opostos dos figurantes incidindo sobre o mesmo bem jurídico, demonstrando a originalidade do mecanismo condicional exatamente por essa dualidade de direitos⁵⁷¹, bem como a necessidade de traçar limites para evitar conflitos. Limites que tomam a funcionalidade dos atributos como divisor de águas, forte na ideia que aproxima as medidas de conservação com o perfil utilitário das medidas cautelares do processo civil, quer dizer, a utilidade das medidas de conservação ou se referem à preservação da integridade econômica do bem jurídico expectado ou à não-interferência da contraparte no sucesso ou não do fato condicionante. Há um direito à manutenção de um estado de coisas, para que a expectativa não seja frustrada de maneira antinatural, desbordada da incerteza típica da cláusula condicional⁵⁷².

⁵⁷⁰FERREIRA, Durval. *Negócio jurídico condicional*: pessoas colectivas públicas: os motivos atípicos e a unidade do sistema jurídico na prova e interpretação da declaração negocial, *cit.*, p. 193.

⁵⁷¹AFONSO, Ana Isabel. *A condição*: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda, *cit.*, p. 233. Ferindo o ponto, referido por Ana Isabel Afonso, veja-se Derouin afirmando a dualidade de direitos em causa: “*La dualité des titulaires de droit en présence d’une condition a été relativement longue à être admise, du moins par la doctrine que l’a longtemps refusée jusqu’à ce que Planiol l’affirme avec une vivacité qui s’explique, sinon par la nouveauté de l’idée, du moins parce qu’elle était imparfaitement perçue.*” DEROUIN, Phillippe. Pour une analyse ‘fonctionnelle’ de la condition, *cit.*, p. 20.

⁵⁷²Sem esquecer que contrato aleatório é diferente de contrato condicional, a incerteza da condição condiz com a obrigação, se emergirá ou não ao plano da eficácia, a aleatoriedade do contrato diz respeito a seu objeto. Nesse ponto, confira-se: MILHAC, Olivier. *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *cit.*, p. 167. Tb.: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: função, estrutura e regime jurídico, *cit.*, p. 87.

A linha divisória entre o que o credor expectante pode e o que não pode, logo, a proteção dos direitos do devedor expectado, passa pelos atos conservatórios, atos de disposição e atos de mera administração ou administração ordinária (expressão adotada no artigo 277º, segunda parte, do Código Civil português): “Art. 277º. [...] 2. O preenchimento da condição não prejudica a validade dos actos de administração ordinária realizados, enquanto a condição estiver pendente, pela parte a quem incumbir o exercício do direito”. Definir esses conceitos é traçar limites para a atuação dos figurantes, tanto do credor quanto do devedor condicional. Este último, apesar da obrigação que lhe pesa, também possui direitos oponíveis face ao credor e, diga-se de passagem, direito a todas as projeções típicas da boa-fé que possam lhe favorecer frente à conduta lesiva do credor, tais como o *duty to mitigate the loss* e a proibição do comportamento contraditório, para ficar em duas figuras facilmente evidenciáveis⁵⁷³.

Segundo, os atos conservatórios são aqueles que, não equivalendo a nenhum efeito típico do negócio posto sob condição, mantêm com ele relação de instrumentalidade em dois níveis: (i) uma **instrumentalidade imediata**, com o objetivo de impedir a interferência/perturbação na ocorrência do fato futuro e incerto; (ii) uma **instrumentalidade mediata**, com o objetivo de conservar o bem jurídico a que visa o negócio, dos pontos de vista físico e jurídico, impedindo tanto a perda e a deterioração do bem, quanto, por exemplo, a perda jurídica no caso de o devedor condicional ser réu em uma ação de usucapião, com interesse jurídico do credor em fazer a defesa nessa ação. Assim também é perfeitamente possível imaginar o credor condicional, sem a posse, mover tanto a ação de **dano infecto** (artigos 1.280/1.281 do Código Civil) quanto ação de **nunciação de obra nova** ou ação **demolitória** (que encontravam guarida nos denominados procedimentos especiais e hoje são englobadas pelo procedimento comum no CPC/15)⁵⁷⁴.

O problema da legitimidade, típico do processo civil (artigo 17 do CPC), resolve-se, sob a perspectiva das premissas aqui adotadas, a partir de uma visão enriquecida do artigo

⁵⁷³Naturalmente que um aprofundamento mais extenso a esse respeito viria em desabono da verticalidade desejável em textos da presente espécie. Mas, vale observar que o tema é instigante e útil, inclusive porque as figuras parcelares da boa-fé não podem prescindir do estudo aderente às especificidades da fase de pendência. Por exemplo, os denominados princípios da *supressio* e da *surrectio* não podem servir para substituir a eclosão do fato condicionante exatamente porque ele é fato futuro e incerto na medida em que não tem e não pode ter interferência das partes. Daí, por lógica, a conduta reiterada dando por adimplida uma condição que não o foi, e vice-versa, não pode ter a mesma projeção que possui no âmbito das obrigações puras. Vê-se o quão desafiador é o tema, pois, as figuras parcelares não podem ser aproveitadas *tout court*.

⁵⁷⁴Com pouco efeito, mas essas ações seriam perfeitamente exigíveis do devedor condicional, podendo o credor notificá-lo para exigir que as mova. Mais ainda, quanto ao dano causado por inércia do devedor, pode o credor responsabilizá-lo caso, sobrevindo a condição, seu direito expectado tenha sido deteriorado pela inação do outro.

130 do Código Civil, pensando o como **direito expectativo**, posto avançado da defesa de seu **direito expectado**, retomando aqui a ideia do direito como atividade projetante⁵⁷⁵.

Poder-se-ia falar em um terceiro nível de atuação **instrumental**, que relaciona o interesse do credor à higidez patrimonial do devedor capaz de cumprir a prestação que lhe cabe, o que chama à colação a denominada **exceção de insegurança**⁵⁷⁶. Também nessa hipótese, não há adiantamento de efeitos típicos antes de verificada a condição, mas há necessidade de garantir que, uma vez verificada e deflagrados os efeitos da obrigação, o devedor tenha condições de cumprir com a prestação que lhe cabe.

Tratando agora dos atos de disposição, são todos aqueles com influência direta e imediata sobre os bens ou direitos condicionados. A esse respeito, Ana Isabel Afonso afirma que são “todos aqueles que afetam a substância – funcionalidade ou utilidade do bem”⁵⁷⁷. São atos que, em rigor, na nomenclatura do nosso Código Civil, podem ser reputados incompatíveis com a causa típica do negócio condicionado porque aquele que aliena condicionalmente, renuncia ao poder de dispor. De acordo com a nomenclatura do artigo 272º do Código Civil português, na pendência da condição, não se pode agir de modo a comprometer a “integridade do direito da outra parte”, pois, a diminuição da funcionalidade ou substância do bem constitui afetação incompatível com esse desiderato.

Ainda sobre os atos de disposição, veja-se que a preservação da integridade do direito da outra parte – no sistema português – vale tanto para a condição suspensiva quanto para a resolutiva.

Pelo que respeita ao *exercício de direitos* e ao *cumprimento de obrigações* emergentes de negócios sujeitos a condição, esbate-se a importância de esta ser suspensiva ou resolutiva. Em qualquer dos casos, aquele a quem cabe o direito ou está vinculado à obrigação deve agir de acordo com os princípios da boa fé e por forma a não comprometer o direito da outra parte. Trata-se, pois, de fixar um regime que, a verificar-se ou não a condição, assegure a integridade do direito

⁵⁷⁵“O que importa destacar é que uma ordem, seja ela qual for, pressupõe certa uniformidade de comportamentos que torne de algum modo previsíveis, ou seja, típicas, as reações de cada indivíduo a situações igualmente típicas. A atividade do homem é, sobretudo, atividade projetante. Ora, nenhum projeto poderia ser utilmente formulado senão com a previsão de que certos dados permanecerão constantes dentro de limites de tempo razoáveis: é evidente que, dentre esses dados, o comportamento dos outros componentes do grupo ocupa um lugar privilegiado.” LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*, cit., p. 25. Os comportamentos dos outros componentes do grupo são exigidos por meio do direito subjetivo aparelhado de pretensão, no regime típico dos modelos legais propostos pela legislação, dentro das coordenadas temporais e espaciais.

⁵⁷⁶“Art. 477. Se depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”, Código Civil.

⁵⁷⁷AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 280.

condicionado, independente do contraente a que ele venha a caber. É este o regime contido no art. 272º do C.Civ.⁵⁷⁸.

O mesmo se dá à luz dos artigos 126 e 128 do Código Civil brasileiro, pois, de acordo com a cláusula geral da boa-fé (artigo 115, do Código Civil), a exigência de **compatibilidade** prevista nos dois dispositivos abarca consequentemente as **razões** das partes, inclusive por força do princípio da inseribilidade dos motivos pela condição-cláusula⁵⁷⁹

No artigo 126, afirma-se a ineficácia dos atos incompatíveis – as disposições na pendência da condição suspensiva “não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis”. No artigo 128, afirma-se a ineficácia da condição resolutiva em relação aos atos compatíveis, o que rigorosamente dá no mesmo – havendo condição resolutiva em negócio de execução continuada ou periódica, “a sua realização [...] não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e os ditames da boa-fé”. Ainda, a menção textual a cláusula da boa-fé apenas no artigo 128, cuidando da condição resolutiva, pode dar a falsa impressão de que ela não incide na condição suspensiva. Não é verdade, porque a cláusula é abrangente, incidindo sobre todo o direito obrigacional.

Por fim, voltando aos atos de mera administração, são aqueles que conservam os bens administrados e promovem sua frutificação **normal**: os primeiros com a finalidade de fazer reparações necessárias nos bens administrados e evitar sua deterioração ou destruição; os segundos, proveem a frutificação habitual ou aproveitamento lucrativo para os bens administrados⁵⁸⁰. Anormalidade, assunção de riscos altos em busca de um ágio acima da média, alteração da substância material ou da destinação econômica dos bens desbordam dos atos de mera administração⁵⁸¹.

Desde uma perspectiva dos efeitos, no âmbito do Código Civil português, com o qual se está a traçar paralelo, a questão é simples. De acordo com os artigos 273º, 277º/2, os atos conservatórios vinculam as partes independentemente da eficácia do negócio, e pelo 274º/1, os atos dispositivos ficam na dependência do advento ou não da condição. Assim, os atos

⁵⁷⁸FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil: fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*. 5. ed. rev. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. v. 2, p. 423.

⁵⁷⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, *cit.*, t. 3, p. 102.

⁵⁸⁰ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, *cit.*, 1974, v. 2, p. 62.

⁵⁸¹AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, *cit.*, p. 280.

conservatórios possuem uma autonomia tal que não dependem do advento da condição, para eles não vale a parêmia *accessorium sequitur principale*.

Artigo 273º (Pendência da condição: actos conservatórios). Na pendência da condição suspensiva, o adquirente do direito pode praticar actos conservatórios, e igualmente os pode realizar, na pendência da condição resolutiva, o devedor ou o alienante condicional.

[...]

Artigo 274º (Pendência da condição: actos dispositivos). 1. Os actos de disposição dos bens ou direitos que constituem objeto do negócio condicional, realizados na pendência da condição, ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, salvo estipulação em contrário. 2. Se houver lugar à restituição do que tiver sido alienado, é aplicável, diretamente ou por analogia, o disposto nos artigos 1269º, e seguintes em relação ao possuidor de boa-fé.

Para fins do Direito Brasileiro, a conclusão é bastante parecida. Pode-se deduzir da função típica do negócio condicionado somada à boa-fé objetiva que aos atos reputados incompatíveis com a condição está reservada a ineficácia ou, quando não for possível, a reparação civil. Embora possuam evidente instrumentalidade, tal não lhes retira a autonomia. Pela lógica, também os direitos a que visam tutelar, podem, pelo menos em tese, ser objeto de pretensão de reparação civil, mesmo em caso de implemento da condição. Retomando o exemplo da ação de dano infecto, suponha-se que, na pendência da condição, o imóvel sofreu diminuição do seu valor por força de deterioração realizada por prédio vizinho, situação que não foi objetada a tempo e modo pelo devedor condicional. Parece claro que o credor, já titular do direito expectado depois de ocorrido o fato condicionante, tem contra o devedor uma ação plausível, em que há interesse e legitimidade do artigo 17 do CPC. Apesar de ter o direito, o tem diminuído em sua patrimonialidade por leniência do devedor.

Conclui-se que, (i) a boa-fé objetiva implica limitação ao comportamento de ambos os figurantes no negócio condicionado; (ii) há também no Direito Brasileiro, um dever de manter íntegras as razões da outra parte durante o período de pendência; (iii) pode-se deduzir do sistema, que os atos conservatórios não podem nunca visar ao efeito típico do negócio se fosse puro e simples antes do implemento da condição; (iv) os atos de mera administração são eficazes mesmo posteriormente ao implemento da condição e, do contrário, os atos dispositivos ou mesmo de alteração da destinação do bem jurídico são reputados incompatíveis com a condição e, portanto, ineficazes.

3.2.5 O caso específico da venda a contento e da venda sujeita à prova

Os pactos adjetos espelham elementos acidentais apostos aos negócios jurídicos, como fruto direto da autonomia privada, seu número é infinito, uma vez que são submetidos à regra geral do direito privado, em que tudo é permitido, salvo as restrições legais (artigo 5º, inciso II, CF/88), o que, aliás, justifica, no plano constitucional, a atipicidade em contratos de um modo geral.

O artigo 425 do Código Civil é uma projeção da regra padrão ínsita à liberdade nas relações privadas, onde tudo o que não é proibido é permitido. A autonomia privada é uma garantia constitucional e é fonte primeva do poder demiurgo de criar contratos com outras formas que não aquelas previstas em lei ou combiná-las livremente para a criação de um *tertium genus*. Sua limitação, no entanto, são as normas de ordem pública, a boa-fé objetiva (ela uma norma de ordem pública, diga-se, mas com uma autonomia e um grau de elaboração teórica que lhe singulariza) e os bons costumes.⁵⁸²

No entanto, há pactos adjetos já sedimentados, por longo uso. Estes encontram previsão na legislação, como é o caso da venda a contento e da venda sujeita à prova, cuja previsão nos artigos 509 e 510 do Código Civil é textual, ao referir a condição suspensiva, contudo, as consequências dessa previsão são pouco estudadas, uma contradição diante da sua importância prática⁵⁸³.

⁵⁸² Sobre: FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 21-34. Ver também A respeito, Azevedo alerta que: “[...] enquanto o legislador não criar normas gerais aos contratos atípicos, as normas gerais dos contratos em espécie não podem a eles ser aplicadas.” AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 122. Porém, essa afirmação de que as normas gerais dos contratos em espécie não podem ser aplicadas aos contratos atípicos deve ser recebida com reservas. No que tange às normas de ordem pública e as cláusulas gerais constantes da Parte Geral do Código Civil, a aplicação é de rigor. Os contratos atípicos não são destituídos de regime jurídico. Encarecendo o seu regime jurídico: “[...] O fato de ser atípico não significa que o contrato não é regulamentado pela lei, ou seja, que está imune à disciplina legal. Como estabelece o artigo 415 do CC, os contratos atípicos são regulamentos (*sic*), de forma genérica pelos dispositivos constantes do CC que disciplinam os negócios jurídicos e os contratos em geral (respectivamente, os arts. 104 ao 184 e 421 ao 489). Designadamente, ainda, os contratos atípicos estão sujeitos aos limites impostos pelas normas de ordem pública (nesse sentido, também do STJ: RESP nº 61.890-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), tais como a que prevê a boa-fé objetiva (art. 422, CC), a função social do contrato (art. 421, CC) e a que veda o abuso do direito (art. 187, CC).” BOULOS, Daniel Martins. *A importância e a disciplina dos contratos atípicos*. *Carta Forense*, ago. 1998.p. 10. Disponível em: http://www.dmbadv.com.br/Arquivos/Artigos/Arquivos/A_Importancia_e_a_Disciplina_dos_Contratos_Atipicos.pdf.

⁵⁸³ A matéria encontrava previsão no artigo 207, n. 2, do Código Comercial na parte revogada. Sobre: “Compra e venda a contento é aquela em que o comprador se reserva o direito de examinar a coisa, objeto do contrato, e declarar se se contenta com ela, antes que a venda seja tida por feita e irrevogável. Esta é a noção decorrente do art. 207, n. 2, do Código Comercial, na qual se compreendem a venda sob prova ou degustação e a venda sob experimentação ou ensaio.” CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial*

Assim, a previsão da condicionalidade sob a forma de atuação suspensiva traz a reboque os conceitos já versados de **direito expectativo** e de **direito expectado**, sem embargo de, especificamente nessas modalidades de compra e venda, a posse restar com o adquirente⁵⁸⁴, uma vez que elas só se reputarão perfeitas – considerada a interinidade da relação, que pode aluir-se, já que há futuridade e incertezas típicas do mecanismo condicional – quando este adquirente tenha manifestado seu agrado (condição potestativa pura legalmente autorizada) ou quando provado que as qualidades da coisa asseguradas pelo vendedor estão presentes, garantindo a idoneidade para o fim a que se destina.

Com isso, o suporte fático para a incidência do artigo 130 do Código Civil está presente, há medidas de conservação manejáveis e, mais ainda, o artigo 126 do Código Civil também é aplicável à espécie.

Essas especulações teóricas são mais bem visualizadas a partir da jurisprudência, começando com um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

Neste, cuidando-se de venda a contento de vestido de noiva, não houve manifestação expressa a tempo e modo pela compradora, todavia, foi provado no processo que ela utilizou o vestido especificamente na ocasião para a qual buscava o traje, o comportamento concludente levou a entender aperfeiçoada a compra e venda.

ACÇÃO DE COBRANÇA. VENDA DE VESTIDO A CONTENTO, SUJEITA À PROVA EM DOMICÍLIO DA COMPRADORA. USO DA PEÇA EM BAILE DE REVEILLON. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. INÚMERAS TENTATIVAS DE COBRANÇA EXTRAJUDICIAL FRUSTRADAS. CONTEÚDO PROBATÓRIO QUE INDICA A PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO. PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE. [...]

Caso em que a ré tomou vestido da loja autora com o intuito de provar em casa, devendo retornar para devolução ou para pagamento.

Caracterização da venda a contento, suspensa até manifestação da compradora – o que nunca ocorreu. Tendo a ré sido vista trajando o vestido em baile de ano novo, com fotos publicadas na imprensa – conforme depoimento da testemunha (fl. 49 v) e da informante da autora (fl. 50) -, há manifestação de contento, pois buscava a ré vestido especificamente para usa na ocasião⁵⁸⁵.

brasileiro. 6. ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. v. 6, parte II, p. 134.

⁵⁸⁴Caso em que, nos termos do artigo 511 do Código Civil, permanece com o bem na condição de mero comodatário. Logo, não há que falar em prescrição aquisitiva em seu favor, o que também demonstra que não possui o direito expectado *per se*. Não há usucapião porque não há direito final e, portanto, sua posse não é *ad usucapionem*. Há posse, porque atua em nome próprio, mas aquela dita *ad interdicta* apenas, como no caso do contrato de locação, exceção feita à prova da inversão do ânimo da posse, prova, diga-se, bastante difícil de produzir.

⁵⁸⁵TJRS, Rec. Inominado 71003775186, Primeira Turma Recursal Cível, rel. Juiz Pedro Luiz Possa, j. 21.11.2012.

O efeito típico da compra e venda era a utilização no evento de Réveillon, exatamente como ocorreu, portanto, houve comportamento concludente pela manifestação tácita de contento. Mas, vale a pergunta: ausente manifestação em prazo razoável, a vendedora poderia servir-se de medidas de conservação do artigo 130 do Código Civil postulando a retomada do bem ou, então, a manifestação de vontade expressa da compradora? Parece-nos que sim, no caso dessa interinidade, enquanto pendia a manifestação de contento, é perfeitamente manejável o arcabouço do referido dispositivo para autorizar a vendedora a precatar seu direito à retomada do bem ou ao aperfeiçoamento da condição.

A condição na venda a contento é potestativa pura, como reconhece a doutrina, sem embargo, a potestatividade não é impermeável à cláusula geral de boa-fé, como se verificou no exemplo da condição mista mencionado. Nesse passo ainda, vale menção à J. X. Carvalho de Mendonça que, sob a perspectiva do então *Código Comercial* (Lei 556, de 25 de junho de 1850), cuja primeira parte só foi revogada pelo Código Civil atual (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), versou sobre a matéria. Mendonça tinha uma séria desconfiança em relação ao grau de potestatividade, pensando, claro, em matéria comercial, e hesitava em admitir que a compra e venda pudesse não se operar por mero capricho do comprador. Daí, o autor elegeu o critério da adequação à destinação como limitante do puro arbítrio do comprador e aconselhava sua oposição nos contratos⁵⁸⁶. Mendonça já intuía, na sua sensibilidade de jurista, aquilo que veio desembocar na ideia de boa-fé objetiva e que pode, como se viu em precedente italiano para a condição mista, limitar perfeitamente o raio de ação da potestatividade em termos de condição.

Naturalmente, essa análise é contextual, com as vicissitudes que o casuísmo traz. Mesmo assim, é possível afirmar com boa dose de segurança que há incidência da boa-fé também nesses casos, sobretudo se, antes de sua manifestação de contento, a parte utiliza do bem como se fosse seu. Por outro lado, enquanto não operada a aceitação – ainda que por comportamento concludente da parte –, não há como pretender cobrar o preço: tratando-se

⁵⁸⁶“Levanta-se a dúvida sobre se a recusa do comprador é de mero arbítrio seu. Parece resolverem pela afirmativa os termos da lei civil e comercial. Fôrça é convir, entretanto, que, em matéria comercial, não seria justo confinar exclusivamente no arbítrio do comprador. O vinho ou o azeite de ótima qualidade podem ser caprichosamente enjeitados; a máquina, nas condições do contrato e em perfeito estado de funcionamento, pode não agradar etc. O meio mais prático é estabelecerem as partes no contrato que a coisa deva ser idônea ao fim a que por natureza vai ser destinada ou aplicada. Então, o arbítrio do comprador limita-se naturalmente à verificação das qualidades especiais da coisa, qualidades que visou, e por isso o vendedor entrou em ajuste. O vendedor reserva-se, por sua vez, o direito de apreciar a resolução do comprador e a pesquisar se esta corresponde aos elementos aos quais o contrato a subordinou.” CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro, cit.*, 6. ed., v. 6, parte II, p. 138-139.

de condição suspensiva, sem seu aperfeiçoamento, a eficácia típica do negócio não é completamente deflagrada. Ilustrando o ponto, veja-se a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA A CONTENTO. NÃO ACEITAÇÃO DO PRODUTO PELO COMPRADOR. QUALIDADE INFERIOR À ESPERADA. NEGÓCIO NÃO CONCRETIZADO. VALOR DA MERCADORIA. INEXIGIBILIDADE. PROTESTO INDEVIDO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. ENTRADA. DEVOLUÇÃO. DISPÊNDIOS PARA A REVENDA DA MERCADORIA. RISCO DO NEGÓCIO. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA. ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. REDISTRIBUIÇÃO.

1. 'A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado' (art. 509, do Código Civil).
2. Não concretizado o contrato de compra e venda a contento, não é devido o seu preço pelo comprador, de modo que cabível a devolução da entrada.
3. 'Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura 'in re ipsa', isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica' (REsp 1.059.663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 17/12/2008) [...] ⁵⁸⁷.

Outro exemplo, esse de uma venda sujeita à prova, em uma compra e venda de trigo, matéria-prima para a indústria de macarrão, havia uma condição expressa no ajuste quanto à característica do produto, com base para a recusa lícita.

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. VENDA A CONTENTO DO COMPRADOR.

Na hipótese em exame, muito embora inexistente a condição expressa no ajuste quanto à força de glúten 'W' da matéria prima (trigo), há prova incontestada de que se trata de característica necessária ao aperfeiçoamento do objeto do contrato, que se destinava ao fabrico de farinha para indústria de macarrão. Além disso, restou provado o ajuste quanto à necessidade de posterior exame do produto para a concretização do negócio, caracterizando a venda a contento do comprador, de modo que inexistente o alegado descumprimento contratual a ensejar a indenização pretendida. Sendo lícita a recusa, resta prejudicada a discussão acerca da oscilação de mercado de preço do produto, bem como dos prejuízos a que a parte autora afirmou ter sofrido. [...] ⁵⁸⁸.

Do corpo do voto se extrai que a venda sujeita à prova, com a aprovação da primeira carga pelo comprador, é uso e costume de mercado, mais ainda, que a vendedora não se desincumbiu do ônus de provar que o produto detinha as características necessárias. Há evidente centralidade do teste ou da prova cujo resultado é o fato condicionante na espécie.

No entanto, novamente com a invocação de J. X. Carvalho de Mendonça, interessante notar que tanto o conteúdo quanto a prova são do comprador, não parecendo ser possível –

⁵⁸⁷TJPR, Apel. Cível n. 0017634-95.2018.8.16.0021, 15ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Carlos Gabardo, j. 29.04.2022.

⁵⁸⁸TJRS, Apel. Cível n. 70039429790, 9ª Câm. Cível, rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 26.09.2012.

ao menos sem previsão atípica inserta em contrato – eleger terceiro para a manifestação de contento ou prova. Trouxe, o comercialista, precedente de sua época:

- Vilela comprou uma partida de vinho. Êste foi provado pelo seu representante e transportados depois os barris do armazém da Alfândega para a casa de pasto do comprador. Houve a degustação por parte do comprador e a tradição. Não é fundamento para a rescisão da venda a repugnância do paladar da clientela da casa de pasto. Não influi no caso o plebiscito, entre clientes, de cujo gôsto não se cogita, uma vez que concorreram para aperfeiçoar a venda a degustação pelo comprador antes da compra e a tradição real depois da degustação (Acórdão da 1ª Câmara da Côrte de Apelação de 26 de novembro de 1917, mantido em embargos pelo de 28 de maio de 1919, na Revista Geral de Direito, vol. 1º, páginas 741-742).⁵⁸⁹

Por conseguinte, em contextos como esses: (i) há um dever de cooperação mútua para a correta aferição das características do produto, colocando comprador e vendedor à disposição e participação ativa no processo de validação que, depois, a rigor não pode ser reeditado, alçando a aprovação de terceiros à condição; (ii) qualquer empeco ou fraude no processo de validação, para fazer aprovar ou não algo que não detém as qualidades contratadas, pode, em tese, chamar à colação o artigo 129 do Código Civil, acionando a figura da ficção; (iii) durante a fase de pendência, haverá possibilidade de trato das medidas de conservação, especialmente quanto ao manejo do bem no caso de insumo de difícil armazenamento, na posse do outro figurante e que tenha o interessado necessidade de proteger. Ainda mais: no caso da compra e venda sujeita à prova, pelo menos uma medida de conservação já se encontra textualmente no Código Civil (embora não fosse sequer necessário), segundo o artigo 512: “Não havendo prazo estipulado para a declaração do comprador, o vendedor terá direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável”.

Especialmente em contratos de compra e venda com consequências econômicas apreciáveis ou com repercussões muito amplas (a contratação de um novo sistema de tecnologia para uma extensa planta industrial ou uma grande operação de prestação de serviços), a figura da compra e venda sujeita à prova possui o condão de acautelar ambos os figurantes, como explica-o Ana Isabel Afonso, quando afirma que a venda sujeita à prova permite que se contrate sem assumir vínculo contratual definitivo até a realização da prova: a vantagem da perspectiva do comprador é acautelar seus interesses a respeito das qualidades do bem, evitando prejuízos e caso queira, mesmo com a prova não sendo positiva, a coisa com abatimento de preço, será possível fazê-lo mediante posterior negociação. Por outro

⁵⁸⁹CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro, cit.*, 6. ed., v. 6, parte II, p. 138, nota (1).

lado, a vantagem da perspectiva do vendedor é evitar a responsabilização por incumprimento quando o bem não serve às necessidades do comprador, sobretudo se a atividade envolver especificidades técnicas muito relevantes⁵⁹⁰.

Afinal, embora a topologia da figura do pacto adjecto de compra e venda a contento ou sujeita à prova, coloque tal pacto no Capítulo I – Da Compra e Venda, do Título VI – Das Várias Espécies de Contrato, o regime da condição constante da Parte Geral do Código Civil também a informa, como decorrência lógica dessa opção legislativa por uma parte com função sistematizadora que serve, inclusive, para um maior controle das decisões judiciais em combate ao casuísmo. Dizendo de outro modo, não se pode negar que a racionalidade da Parte Geral diz respeito também a Parte Especial, sobretudo, quando existe uma remissão declarada ao instituto previsto naquela primeira parte, inclusive porque é ali que conceitos basilares da teoria geral do direito privado ganham expressão formal⁵⁹¹. Especialmente porque, ausente norma especial regrado a hipótese, valerá o quanto foi informado pela Parte Geral. Logo, a existência dessa Parte Geral também é uma solução para a anomia, se, por qualquer motivo, não houver previsão especial que possa regular o caso concreto.

⁵⁹⁰“A venda sujeita à prova, fornecendo aos contraentes a possibilidade de não assumirem um vínculo contratual definitivo sem que o comprador proceda à realização da prova (teste ou exame) da coisa, de modo a certificar-se da presença das características desejadas, permite, todavia, acautelar interesses perfeitamente legítimos, quer do comprador quer do vendedor. No que ao comprador diz respeito, é de tomar em consideração o seu interesse em não se manter vinculado ao contrato quando a coisa entregue não apresenta uma certa característica ou qualidade necessária para a satisfação do seu interesse na aquisição, sem ter que acionar as consequências previstas para a aquisição da coisa defeituosa. O comprador pode muito bem não estar interessado em obter a reparação da coisa, ou uma redução do preço, ou sequer uma substituição da coisa por se aperceber que as mercadorias de que dispõe aquele vendedor não têm a qualidade ou as características almejadas, ou por não estar interessado no uso normal ou habitual da coisa. Celebrado o contrato de compra e venda sob reserva de realização da prova, o comprador reserva-se o poder de se demitir do vínculo negocial, restituindo a coisa entregue. No que ao vendedor diz respeito – e conquanto, segundo cremos, ele não possa demitir-se do vínculo negocial (ou, dito de outro modo, este não possa ser considerado ineficaz) quando entregue uma coisa que não serve o fim normal ou habitual das coisas do mesmo género ou que está desprovida das qualidades por si asseguradas (não se trataria em tal caso de hipótese de obrigação ineficaz, como parece reconhecer o art. 925º, nº 1, CC, mas antes de inexistência de uma) – a venda sujeita a prova consente-lhe escudar-se contra a suscetibilidade de vir a ser responsabilizado por incumprimento quando a coisa não serve uma peculiar necessidade do comprador, particularmente ligada às especificidades técnicas da atividade na qual queira usar a coisa adquirida e da qual tenha sido feita menção no contrato. O vendedor procede à entrega da coisa não a título de cumprimento de uma obrigação, mas para o efeito de realização da prova pelo comprador.” AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 526-527.

⁵⁹¹É certo, entretanto, que houve debate aceso sobre a conveniência de manter uma Parte Geral no Projeto do Código Civil de 2002, conforme reportado por um de seus artífices: MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 14-15. Ver tb.: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit. Ainda sobre a temática da parte geral, citado por Francisco Amaral, vale a observação de Franz Wieacker de que, no fim das contas, “no seio da opção por uma construção científica de carácter sistemático, a questão da Parte Geral alcança o problema mais vasto da ponderação entre uma exposição que surpreenda o direito de forma axiomática ou, pelo contrário, na sua lidação à realidade.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 559. Aparentemente, malgrado as críticas, as cláusulas gerais vêm para colmatar essa lacuna, dentro da opção pela Parte Geral.

Em suma, por desígnios de método, por sua alta elaboração conceitual, por intenção propedêutica, seja como for, a Parte Geral está incluída em nossa tradição e constitui fonte de acesso aos raciocínios mais elaborados, os quais só se desenvolvem com segurança a partir das primícias da teoria geral do direito privado ali delineadas.

3.3 Pendência da condição resolutiva

Como dito, a condição resolutiva traz consigo a ideia de requalificação, pois, sob determinado ângulo, ela é suspensiva da retomada do direito por aquele que expecta. Por exemplo, concluído um contrato de venda e compra de equipamento sob a condição resolutiva de que caso o comprador não conclua a certificação para o uso correto do mesmo, no prazo de um ano suponha-se, a condição se operará extinguindo a relação. É possível ainda imaginar que o equipamento é de alto risco para terceiros (*bystanders*)⁵⁹² e que o vendedor não queira correr o risco de consequências judiciais geradas por dano decorrente de mau uso por outra pessoa. Visualiza-se, então, um eloquente exemplo da utilização do mecanismo condicional.

O vendedor expecta porque, embora exista o direito do comprador, há uma condição obrigando esse mesmo comprador a fazer algo (fato positivo), em um dado prazo, sob pena de extinção do direito interinamente eficaz. A certificação é futura e incerta, uma vez que sua obtenção depende da aprovação pela entidade certificadora – em rigor, há uma condição mista afastando assim a nulidade da condição *si voluero*.

A doutrina traz outros exemplos ilustrativos mais de caráter pedagógico do que de aplicação prática, como aponta Zeno Veloso a respeito de situações nas quais a condição futura e incerta faz extinguir os efeitos da relação jurídica: “constituo renda em teu favor enquanto estudares; ficarás com a taça se no próximo ano outro atleta não vencer a corrida; cedo o apartamento em comodato, porém, se minha filha retornar a Portugal, o empréstimo ficará sem efeito”⁵⁹³. A esse respeito, veja-se ainda a observação de Limongi França sobre a condição resolutiva, cujo “modo de atuar opera de tal forma que a eficácia do ato, em vigor desde o instante do entabulamento, ‘se resolve com a realização do evento futuro e incerto’⁵⁹⁴.

⁵⁹²Veja-se no regime das relações de consumo o que consta da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990: “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

⁵⁹³VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, cit., p. 49.

⁵⁹⁴FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, cit., v. 1, p. 272-273.

3.3.1 Patrimonialidade

Não há dúvidas de que, na condição resolutiva, desde logo, o direito em si integra o patrimônio da parte. Como consta da própria definição de condição resolutiva, nessa sua formatação, a eficácia exsurge de plano, ficando, porém, submetida ao risco de extinção por superveniência do fato condicionante, da extinção do vínculo. O direito expectado relativo ao bem jurídico já compõe o patrimônio do adquirente para todos os fins, respondendo inclusive por suas obrigações, nos termos do artigo 391 do Código Civil.

Assim, a expectativa na condição resolutiva é de reaqusição do bem. A propósito da matéria, vale também frisar a lição de Pontes de Miranda, de que a propriedade, a titularidade melhor dizendo, do direito interino (que pode ser imóvel ou não) na hipótese de condição resolutiva é **menor** do que a titularidade do direito puro e simples⁵⁹⁵. Todavia, como explica, também existe fase de pendência, pois, se por um lado “o efeito ou os efeitos condicionados produzem-se desde logo para cessarem se e quando se realizar a condição”⁵⁹⁶, por outro, existe o valor atual de um direito que poderá volver ao estado anterior, ao negócio condicionado. Essa volta é “o futuro que o ameaça”⁵⁹⁷, daí, então, conclui Pontes, “A pessoa que vai receber o direito, caso se realize a condição, é que expecta: há direito expectativo à reversão, no que se parece e se distingue o direito expectativo em caso de condição suspensiva”⁵⁹⁸. Também sobre a fase de pendência na condição resolutiva, A. von Tuhr afirma que a condição resolutiva gera um estado de pendência fruto, então, da possibilidade de reaqusição do direito⁵⁹⁹.

Abre-se aqui um parêntese, entretanto, para refletir sobre um ponto que muitas vezes é dado como simples, sem a devida ponderação: a afirmação de que o contrato sob condição resolutiva é equivalente ao puro e simples enquanto perdura a fase de pendência. Essa afirmação não condiz com a realidade, em razão da interinidade do direito exercido nessa etapa, mais ainda, somada ao fato de que, a vontade condicionada não deriva de duas

⁵⁹⁵PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 145. Dessas considerações, acopladas à ideia de necessária compatibilidade dos atos durante a pendência da condição (art. 128, CC), é possível refutar a ampla disponibilidade do direito sob condição resolutiva. Contra: GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil, cit.*, p.172.

⁵⁹⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 145.

⁵⁹⁷*Id. Ibid.*, p. 145.

⁵⁹⁸*Id. Ibid.*, p. 145.

⁵⁹⁹“Lo mismo que en materia de condición suspensiva, también en la condición resolutoria se determina entre las partes un estado de pendencia. Los efectos del negocio se producen de inmediato, pero cesan al cumplirse la condición, de manera que en este momento vuelve a presentarse el estado jurídico anterior al negocio (art. 158, II).” TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación), cit.*, v. 3, p. 279.

vontades, uma da declaração em si e outra do seu condicionamento, não há dois pactos. Existe um negócio apenas, que nasce condicionado a determinado evento futuro e incerto. Exatamente por isso, não há numa primeira etapa, um contrato puro e simples, acoplado, em uma segunda etapa, a um pacto resolutivo. Em suma, não existem dois corpos declarativos acoplados um ao outro; existe sim, desde o princípio, um só corpo, uma só declaração integrada por elementos incindíveis⁶⁰⁰. Evidente que é assim, porque quem quer, no contexto do negócio condicionado, só quer mediante condição, logo, o elemento interno da vontade já nasce com essa peculiaridade que, longe de ser uma limitação da vontade, frise-se, é sua exponenciação, pois o sujeito quer e somente quer com a previsão (suspensiva ou resolutive) dos efeitos do negócio condicionada ao fato tal (positivo ou negativo), condicionando-lhe tais efeitos.

Ultrapassado o parêntese, são consequências diretas dessas constatações, segundo nos parece, que o direito do denominado devedor condicional, embora interino, é estruturalmente inteiro, com existência, validade e eficácia, podendo ele exercer seus direitos, com exclusivo limite no seu próprio dever de coerência com a sua manifestação de vontade anteriormente manifestada, autonomia privada exercida para condicionar de maneira resolutive um determinado negócio.

No entanto, como se vê, caso não haja a retomada, a reaquisição, oriunda da eclosão do fato condicionante, o direito se tornará puro, eis que já havia eficácia desde antes do implemento da condição.

Nesse ponto, já chama a atenção que a patrimonialidade, do ponto de vista do adquirente sob condição resolutive, é mais sólida do que aquela do denominado adquirente por condição suspensiva, que apenas é adquirente por metonímia, pois ainda não se adquiriu coisa nenhuma, como reconhece, *de lege lata*, o artigo 125 do Código Civil. Vê-se que existe uma distinção prática importantíssima: no caso da recuperação judicial ou da falência, ao contrário do precedente linhas atrás declinado, o direito de crédito é desde logo eficaz e desde logo integrará o concurso de credores.

⁶⁰⁰Nesse ponto, então, parece sem razão a ideia propagada de que: “*Y, verdaderamente, como la obligación bajo condición resolutoria adquiere en el acto fuerza y eficacia como si fuese pura, no se ha obrado com lógica al llamarla condicional.*” GIORGI, Jorge. *Teoria de las obligaciones en el derecho moderno*, cit., v. 4, p. 324. Na verdade, há sim muita lógica em chamar a obrigação condicional como aquela sob condição resolutive, uma vez que existe fase de pendência como consequência direta da futuridade e da incerteza do fato condicionante e, exatamente por isso, existe a interinidade do exercício dos direitos, que podem, a qualquer momento, perder eficácia com o advento da condição.

Vale explicar que, em relação à condição suspensiva, a dicotomia direito expectativo e direito expectado é decisiva para afirmar que embora um contrato sob condição suspensiva tenha sido firmado antes do pedido de recuperação judicial, se o implemento da condição foi posterior, o fato gerador do crédito também é posterior, destarte, o crédito em questão é extraconcursal. No caso da condição resolutiva, a lógica mais elementar aponta para a concursalidade do crédito, ou seja, assumindo posição diametralmente oposta àquela divisada para a condição suspensiva, nos termos de precedente das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP.

No entanto, a interinidade do direito sob condição resolutiva termina por afastar essa possibilidade, até porque a interinidade não atende à estabilidade necessária para a classificação dos créditos inerente ao concurso de credores. a exemplo do caso da alienação fiduciária em garantia, conforme o disposto no artigo 49, parágrafo 3º, da Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (LRF)

[tratando-se] de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Naturalmente, existem aqui elementos de política legislativa para viabilizar a segurança de crédito para o fomento das atividades empresariais, uma vez que é absolutamente corriqueira a utilização do mecanismo da propriedade resolúvel para aquisição de bens do ativo. A respeito, confira-se o raciocínio alvitado pelo STJ, a propósito da interpretação do artigo 49, parágrafo 3º, da LRF, quando dispõe que os créditos garantidos por alienação fiduciária afastam-se dos efeitos da recuperação judicial. A explicação reside no escopo, na finalidade específica da constituição da garantia, inclusive alcançado uma interpretação que inclui também bem de terceiro, apartando o referido crédito da linha dos quirografários:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CREDOR TITULAR DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO. INCIDÊNCIA DO ART. 49, §3º, DA LEI N. 11.101/05. EXTENSÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Debate-se nos autos a necessidade de o bem imóvel objeto de propriedade fiduciária ser originariamente vinculado ao patrimônio da recuperanda para fins de afastamento do crédito por ele garantido dos efeitos da recuperação judicial da empresa.

2. Na propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio destacado e exclusivamente destinado à realização da finalidade de sua constituição, deslocando-se o cerne do instituto dos interesses dos sujeitos envolvidos para o escopo do contrato.
3. O afastamento dos créditos de titulares de propriedade fiduciária dos efeitos da recuperação, orientado por esse movimento que tutela a finalidade de sua constituição, independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ou com o próprio recuperando, simplifica o sistema de garantia e estabelece prevalência concreta da propriedade fiduciária e das condições contratuais originárias, nos termos expressos pelo art. 49, §3º, da Lei n. 11.101/05.
4. Recurso especial conhecido e provido⁶⁰¹.

Especialmente, se a propriedade fiduciária serve de garantia de um contrato de mútuo para a aquisição de algum bem, tem-se o que a doutrina italiana denomina de *mutuo di scopo*, dentro de uma estrutura de coligamento contratual em que a compra e venda do bem é efetuada entre o comprador A e o vendedor B, mas o contrato de financiamento é efetuado entre o comprador A e a financeira C, exatamente coligado à aquisição do bem. Se por um lado, o crédito garantido por alienação fiduciária é extraconcursal, por outro, é coligado ao

⁶⁰¹STJ, REsp 1.549.529/SP, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.10.2016, DJe 28.10.2016. Também, veja-se o seguinte trecho de voto, tirado de acórdão de julgamento proferido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP: “Nos termos do artigo 49, §3º da Lei 11.101/2005, o crédito decorrente de contratos garantidos por alienação fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial. E, por outro lado, o texto desse mesmo dispositivo legal e do §4º, do artigo 6º da mesma Lei 11.101 contemplam, em benefício da recuperanda, a suspensão de ações e execuções movidas contra si, observado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, conhecido como período de ‘stay’, com a proibição de venda ou retirada do estabelecimento, dos bens de capital essenciais ao exercício de sua atividade empresarial”. TJSP, Agr. Instr. n. 2289473-13.2022.8.26.0000, 1ª Câmara. Dir. Empresarial, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 06.03.2023. Ou seja, a única limitação é o denominado *stay period* como medida de preservação da atividade da empresa. Fazendo um contraponto crítico à aplicação do artigo 49, §3º, da LRF, aduzindo ainda limites para a extraconcursalidade, especialmente quando “o bem alienado fiduciariamente teve o seu valor deteriorado pelo uso e também os casos em que o credor possui garantia de cessão fiduciária sobre créditos futuros que ainda não foram performados quando do ajuizamento do pedido de recuperação judicial.” ORSOVAY, Natalia Yazbek. *A extraconcursalidade dos créditos garantidos por propriedade fiduciária na recuperação judicial: uma análise à luz da solução coletiva para a empresa em crise*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 85. Continua a autora: “Em nosso entendimento, nesses casos, não há outra classificação a ser conferida ao crédito no contexto da recuperação judicial se não a de crédito quirografário, seja pelo valor total do crédito (quando o valor da garantia é igual a zero), seja pelo saldo do crédito não coberto pelo valor da garantia (quando o valor da garantia é inferior ao valor do crédito garantido). Tal conclusão decorre da própria estrutura-função das garantias fiduciárias apresentada no primeiro capítulo que, enquanto garantia real exclusiva, vincula determinado bem ou direito ao cumprimento de certa obrigação. Se o bem ou direito onerado com a garantia fiduciária não mais existe ou tem o seu valor igual a zero, evidente que nada mais diferencia este credor daqueles que não possuem garantia desta natureza.” *Id. Ibid.*, p. 85. No ponto, Enunciado 51 da 1ª Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “51. O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou garantia dos contratos previstos no §3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial.” CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 51* Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Comercial. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>.

contrato de venda e compra de cuja origem deflui, o que é de aceitação doutrinária⁶⁰² e jurisprudencial⁶⁰³.

Por força da dinâmica antecipada dos efeitos influenciados pelo fato condicionante e que apenas cessarão com o seu incerto e futuro surgimento, vale ponderar que a condição resolutória não é o simples reverso da condição suspensiva, como afirma Giorgi, para quem a **conversibilidade** das condições suspensiva e resolutiva é falsa e se, por um lado, em tema de direitos obrigacionais, especialmente, os tratadistas que se deixaram seduzir perante uma aparente analogia de posições entre o credor com cláusula suspensiva e o devedor com cláusula resolutória, não levam em conta a intenção das partes e a própria situação em que se encontram na fase de pendência.

Giorgi dá como exemplo a seguinte situação: saindo de Nápoles, desejoso de se estabelecer em Roma, Paulo dá a Francisco sua parelha de cavalos e sua carruagem, sob condição resolutória para o caso de que não lhe sejam favoráveis as condições climáticas em Roma e que, por isso, seja obrigado a retornar a Nápoles. A condição se verifica e Francisco deve restituir os cavalos e a carruagem. Nesse caso, Paulo poderia considerar-se, no contrato, como um devedor sob condição suspensiva? Segundo Giorgi, a resposta é negativa, pois, desde o princípio e a todo instante, segundo a intenção das partes, ele foi um donatário sob condição resolutória⁶⁰⁴.

O fato é que a diversidade de regimes, entre a condição suspensiva e a resolutiva, é frisante, especialmente, quando observadas as distinções dos artigos 126 e 128 do Código Civil: na condição suspensiva, as novas disposições não terão valor se incompatíveis com a

⁶⁰²MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44-45.

⁶⁰³“Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão convertida em depósito. Automóvel não entregue pela vendedora. Financeira não pode alegar que lhe é estranho o fato. Contratos coligados. Operação econômica única. Consumidor exonerado. Responsabilidade do vendedor. Sentença mantida. Recurso principal improvido, provido o adesivo para aumentar a verba honorária.” TJSP, Apel. c/ revisão n. 711992-0/9, 31ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, j. 06.09.2005. De trecho do voto se extrai: “Ou seja, estabeleceu-se uma relação de coligação entre diversos contratos individuais, em que as partes não são rigorosamente as mesmas, mas tendo por objeto um comum fim econômico. É o que se denomina de contratos coligados ou redes contratuais, na hipótese vertente revelados pelo que a doutrina italiana chama de *mutuo di scopo* (v.g. Antonio Rappazzo, *I contratti collegati*, Giuffrè, p.84-89), vale dizer, financiamento concedido para aquisição de bem de consumo, mas de tal modo a evidenciar-se, como corriqueiramente sucede em operações como a vertente, um vínculo entre a vendedora e a financeira, não raro por aquela indicada.” Nessa linha: TJSP, Apel. Cível n. 1034036-57.2014.8.26.0100, 8ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Theodureto Camargo, j. 28.07.2017.

⁶⁰⁴GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, cit., v. 4, p. 326-327. Conclui ele, então: “Para terminar, la intención de las partes es la que determina su calidad recíproca, ya que aquellos contratan bajo condición suspensiva, aun cuando den ejecución provisional al contrato, no quieren ciertamente contratar bajo la resolutoria, ni, por el contrario, quien contrata bajo resolutoria a querido contratar bajo condición suspensiva.” *Id. Ibid.*, p. 327.

condição, porquanto na fase de pendência, o direito do devedor da obrigação sob condição é interino e não pode ele livremente dispor. A condição suspensiva, inclusive, não se amolda a contratos de execução periódica ou continuada. No entanto, suponha-se uma cessão de carteira de clientes sob condição suspensiva de aprovação dos mesmos, enquanto as prestações periódicas de cumprimento vão sendo efetuadas pelo devedor condicional e ele recebe os valores, nada há que restituir porque o direito originalmente era dele cedente.

Já, em um contrato de cessão de carteira de clientes sob condição resolútoría de aprovação dos mesmos, por exemplo, a situação não é a mesma porque o direito não era originalmente do cessionário. Logo, o recebimento de parcelas adiantadas no âmbito do contrato de prestação de serviços sob cessão condicional, pelo cedido, parece contrária à natureza da condição pendente.

Concluindo, com apoio no artigo 112 do Código Civil, a intenção das partes deve ser observada, como adverte Giorgi e, por fim, quem contrata sob condição suspensiva não quer contratar sob condição resolútoría e vice-versa. Posta a questão dessa forma, judicialmente, tomar uma condição pela outra representa uma intervenção judicial, em linha de princípio, censurável, especialmente quando se considera que esses elementos são comuns em contratos paritários, para os quais, atualmente, há disposição contrária à intervenção judicial, nos termos do artigo 421-A do Código Civil, incluído pela Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, especialmente em se tratando de reverter alocação de riscos originalmente operada pelas partes⁶⁰⁵.

3.3.2 Deveres na fase de pendência

Não há, ontologicamente, motivo para falar de deveres diferentes na fase de pendência da condição resolútoría. A incidência da boa-fé objetiva é a mesma e a necessidade de observar o direito de reaquisição do outro figurante é também perfeitamente delineada, contendo o aparelhamento das medidas de conservação.

Assim, os deveres serão os mesmos: lealdade; proteção e cooperação; informação; coerência. A mudança se dará, quando houver, na manifestação operativa desses deveres, nas diferentes hipóteses.

⁶⁰⁵“Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: [...] II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada;”

(i) O **dever de lealdade** é perfeitamente manifestado. Não faria sentido nenhum, seria absurdo pretender uma menor intensidade dos deveres anexos da boa-fé objetiva na condição resolutiva em relação à suspensiva. A intensidade só pode ser a mesma, sob pena de se criar um regime jurídico mais benéfico. O que acontece, aqui está o ponto, é que a lealdade analisada na pendência da condição resolutiva deve partir da ideia de que a titularidade do direito pelo adquirente sob condição resolutória não é a mesma, nem tem a mesma intensidade, daquela do adquirente puro e simples. Há uma possibilidade de reaquisição que deve balizar a sua conduta, inclusive, nesse particular, cumpre repetir que o negócio contratado sob condição resolutiva não atua no plano da eficácia como se fosse puro e simples, exatamente pela possibilidade de reaquisição, que pode tornar interino o exercício de direitos pelo adquirente até o implemento ou não da condição.

(ii) Os **deveres de proteção** e de **cooperação**, de seu turno, são melhor analisados a partir dessa mesma ideia central para captar a nuance da pendência da condição resolutiva, na interinidade do exercício dos direitos já eficazes, conduzindo à conclusão lógica de Pontes de Miranda, de que essa titularidade é **menor** do que a titularidade derivada do negócio puro e simples, uma vez que está presente o risco de resolução *tout court*. Por essa razão, a questão do exercício de direitos pelo figurante a quem desaproveita o advento da condição resolutiva é recorrente. Porém, os deveres de proteção e cooperação apresentam outras facetas igualmente importantes, a saber: (i) o credor resolutivo não pode embaraçar o exercício dos direitos pelo devedor, pode atuar apenas para a conservação de seu direito, sendo que a administração ordinária e a percepção de frutos são atividades lícitas do devedor, as quais, em princípio, não geram ataque ao direito expectativo do credor; (ii) o devedor resolutivo deve, na sua atuação e percepção dos frutos, furtar-se de qualquer atividade extrativa ou padrão de comportamento que possa diminuir a utilidade do bem que titulariza interinamente sob condição resolutiva. Por exemplo, no caso de compra e venda de gleba rural sob condição resolutiva, as atividades extrativas e de cultura pelo então titular devem respeitar a legislação ambiental para não gerar um passivo ambiental indevido para o caso de o bem retornar ao credor resolutivo. De igual modo, a atividade de cultura não pode gerar empobrecimento anormal do solo, por ausência de planejamento agrícola adequado; (iii) exatamente porque os direitos estão em exercício e o negócio sob condição resolutiva **começa eficaz**, a distinção entre os atos de administração ordinária e os atos dispositivos é central, assim, a cautela do figurante que está no exercício da titularidade deve ser redobrada e, na dúvida, os atos que impliquem perda parcial da substância do bem ou de sua utilidade podem ser equiparados, pelo seu efeito, ao ato dispositivo, pois acabam por suprimir parcela

de direito do credor expectante que, para o caso de eclosão do fato condicionante, readquirirá o direito expectado com sua dimensão patrimonial diminuída⁶⁰⁶. A conceituação dos atos de “mera administração”, abarcando os atos de conservação dos bens e sua frutificação normal, é muito útil para estabelecer o *standard* do exercício adequado do direito de titularidade interina, repugnando à boa-fé objetiva a assunção de riscos anormais. Com efeito, o dever de tornar íntegras as razões do credor condicional é enfatizado a partir do domínio exercido pelo devedor, inclusive, nesse particular, o regime de indenização pelos danos, já que havendo culpa pela impossibilidade ou deterioração, haverá responsabilização. A dicção do artigo 234 do Código Civil apenas reforça a não conversibilidade da condição resolutiva em suspensiva, pois são regimes diversos. Logo, não se pode tomar uma coisa pela outra, sem interferir indevidamente na manifestação de vontade das partes e na sua particular alocação de riscos no contexto do negócio. Mesmo que o artigo em questão se refira especificamente às obrigações de dar coisa certa, isso serve para demonstrar a diferença nas racionalidades de quem contrata com condição suspensiva e de quem contrata com condição resolutiva.

(iii) Sobre o **dever de informação**, Miguel de Azevedo Moura põe essa questão em perspectiva mais ampla, ainda que partindo do ordenamento civil português. Diz ele que “se apenas umas das partes num negócio tem conhecimento da certeza da não verificação, segundo o princípio de atuação conforme a boa-fé previsto no artigo 272º do Código Civil, deve informar a contraparte desse facto”⁶⁰⁷. Do ponto de vista de quem exerce o direito, o devedor condicional, se tem certeza da não eclosão da condição, ele deve avisar para que a parte contrária se acautele e evite conduta baseada em uma representação falsa da realidade, pois não há mais incerteza e futuridade, sendo o negócio puro e simples. Do ponto de vista de quem virá a readquirir o direito, o credor condicional, se tem certeza de que o evento não irá ocorrer, ele deve avisar a contraparte, pois seu direito não é mais, desde essa certeza, interino. Existe a titularidade plena do bem móvel, imóvel ou do direito de crédito, sem qualquer empeco a sua atuação.

(iv) O **dever de coerência**, enfim, deita raízes na questão da compatibilidade da condição contratualmente entabulada pelas partes, sendo que esse requisito geral pode ser encontrado na ideia de boa-fé objetiva, a exigir coerência do figurante com a declaração de

⁶⁰⁶AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, *cit.*, p. 279 e ss.

⁶⁰⁷MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês. *De Legibus: revista de direito*, Faculdade de Direito, Universidade Lusófona, n. 0, p. 219, 2020. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus/article/view/7439/4406>. <https://doi.org/10.53456/dlb.vi.7439>.

vontade em que aposta a condição, portanto, com a observância, até certo ponto intuitiva, de que não pode fazer atos contrários à contratação sob a condição a qual livremente se submeteu. O tema também encontra expressão legal na compatibilidade ou incompatibilidade do ato *pendente conditione* com a razão da condição. Como dito, tal exigência de compatibilidade é prevista nos artigos 126 e 128 do Código Civil.

3.3.3 Mecanismos de tutela

O artigo 130 do Código Civil, com razão, prevê textualmente o alcance das medidas de conservação para as condições suspensivas e para as resolutivas (o artigo 121 do Código Civil anterior não continha a previsão textual para a condição suspensiva).

Sobre o artigo 121 do código revogado, Clóvis Beviláqua não faz remissão às espécies suspensiva e resolutiva, apenas menciona que o direito meramente eventual merece proteção legal⁶⁰⁸. Já Zeno Veloso, também à luz do dispositivo legal do código revogado, afirma que “sendo resolutiva a condição, enquanto está pendente, embora não o diga expressamente o nosso Código [1916], até por lógica e simetria, o titular do direito expectativo pode praticar atos conservatórios”⁶⁰⁹. Essa afirmação faz todo o sentido, máxime porque Zeno trabalha com a dicotomia ponteana entre direito expectativo e direito expectado: se o fato jurídico derivado da incidência da norma tem como suporte fático a pendência, pendência esta geradora de um direito, é certo que esse direito pode ser objetivo de medidas conservativas⁶¹⁰. A irradiação dos efeitos do fato jurídico necessariamente conduz à possibilidade de medidas conservativas.

Não têm razão, portanto, aqueles que dizem que as medidas conservatórias do “direito eventual” referido pelo artigo 130 do Código Civil aplicam-se apenas à condição suspensiva⁶¹¹. A condição resolutiva também conta com a fase de pendência, porque existe incerteza e futuridade e, dentro dessa lógica, há um direito expectativo à requalificação que é objeto de tutela, aparelhado com pretensão em caso de sua violação, assim como na condição suspensiva, tudo dentro da perspectiva da *actio nata*. O direito expectativo à requalificação

⁶⁰⁸BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado, cit.*, v. 1, p. 303.

⁶⁰⁹VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 60.

⁶¹⁰*Id. Ibid.*, p.57-59.

⁶¹¹“Além disso, as medidas conservatórias do direito eventual (previstas no art. 130 do Código Civil) são conferidas somente ao credor subordinado à condição suspensiva, muito embora a lei, impropriamente, se tenha referido também à resolutiva.” MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 20.

também é passível de violação (não é direito potestativo), logo, possui medidas de conservação manejáveis pelo seu titular.

Reforçando a ideia de que a condição resolutiva conta com medidas conservativas, veja-se o parágrafo único do artigo 1.953 do Código Civil, ademais da evidente possibilidade de seu manejo na propriedade fiduciária como em contratos como de arrendamento mercantil⁶¹².

Resumindo, onde há pendência, há regime jurídico próprio ao qual aderem uma série de deveres inerentes à não perturbação da incerteza do fenômeno condicional e, a partir de uma visão enriquecida pela boa-fé objetiva, adere também uma ideia de cooperação mútua voltada para a escorreita consumação da pendência, sem interferências; a correlata possibilidade de se acautelar acompanha essa etapa, pois sem ela, o regime legal torna-se letra morta, especialmente no que concerne a outros usos da condição, atendendo à denominada polifuncionalidade do mecanismo condicional⁶¹³.

⁶¹²DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 130. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, cit., 2010, p. 112.

⁶¹³Sobre as recentes reflexões a respeito da condição, seus usos atípicos e, inclusive, aquilo que a doutrina italiana denomina *prospettiva rimediata*, em que a condição é reposicionada como mecanismo que assegura a correspondência da efetividade do interesse e o instrumento preceptivo utilizado. Ver: MARCELLO, Daniela. L'uso della condizione in prospettiva rimediata. In: ALCARO, Francesco (a cura di). *La condizione nel contratto. Tra 'atto' e attività*. Padova: Cedam, 2008. p. 397. Noutra passagem, a autora assevera, forte no automatismo da condição, que: “*La difficoltà di realizzare l'interesse perseguito nel negozio mediante la coercibilità della condotta o la pretesa creditoria dell'adempimento porta i contraenti a prediligere meccanismi capaci di accogliere al loro interno una qualche forma di automatismo, di consequenzialità diretta, le quali operino o mediante una riduzione dello spazio di discrezionalità nella valutazione del giudice (si pensi alle ipotesi di risoluzione di diritto come la clausola risolutiva espressa o il termine essenziale) o mediante l'incidenza diretta sugli effetti del contratto (come accade ad esempio nella condizione di adempimento)*.” MARCELLO, Daniela. L'uso della condizione in prospettiva rimediata, cit., p. 396. O que, aliás, afigura-se um movimento inevitável, diante da necessidade de tutela dos interesses frente a certa saturação do mecanismo judicial, em que, como anota João Calvão da Silva, há um significativo crescimento da **coerção privada**, o que se dá, maiormente, mediante a utilização de institutos tradicionais, tais como a cláusula resolutiva expressa, o direito de retenção ou a exceção de contrato não cumprido. Diz ele, então: “É um facto que, frequentemente, o credor recorre aos meios de pressão privados como forma de tentar evitar o recurso aos tribunais e os inconvenientes que lhe são próprios. Quando coteja a coerção privada com o constrangimento público, o credor vê mais vantagens naquela, a ela portanto recorrendo. Assim, é evidente a simplicidade e celeridade da da coerção privada, contraposta à complexidade e lentidão da justiça pública. O aparelho judiciário é complexo e rígido, não reinando nos processos judiciais, lentos e longos, a simplicidade. Por incidentes vários, o devedor pode ir retardando a sentença, a qual, uma vez obtida, nem sempre é obedecida, devendo o credor recorrer ao processo executivo, também ele complexo e em muitos aspectos pouco actual. Ao invés, a coerção privada é simples e célere, desde que, obviamente seja coroada de êxito.” SILVA, João Calvão da *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007. p. 236. Nesse contexto, o que haveria de melhor do que tratar essas questões já no plano da eficácia, protraindo-a ou não, conforme os interesses em jogo? Desse modo, o mecanismo condicional surge vocacionado para atuar como estímulo ao cumprimento de obrigações, obviando as limitações referidas por João Calvão da Silva, encontradas com a parêmia *nemo precisae potest cogi ad factum*, proibitiva da violência ou pressão pessoal direta sobre a pessoa do devedor para fins de cumprimento da obrigação de fazer. Em tempos de expansão do *facere* em relação ao *dare-praestare*, como derivação da evolução tecnológica, os meios de coerção privada parecem mais vivos do que nunca. A respeito do crescimento das obrigações de fazer: “Pense-se na progressiva expansão das prestações de facto, com o hodierno crescimento

3.3.4 O artigo 128 do Código Civil e sua exegese

O artigo 128 do Código Civil atual merece análise própria, primeiro, porque dista da anterior codificação. Com efeito, o referido artigo não encontra paralelo na legislação anterior porque o artigo 119 *caput*, do Código Civil de 1916, era mais lacônico e não mencionava nem a boa-fé, nem muito menos a situação dos contratos com execução continuada ou periódica, adimplido na fase de pendência. A evolução, então, fica bastante patenteada com a atual redação.

Depois porque a disposição legal confirma algo sobre a retroatividade que já havia sido constatado por Sílvio Rodrigues. Segundo o autor, mesmo nos sistemas que admitem a retroatividade, ela é reconhecida com reservas, porque “excluem-se de sua abrangência os atos de administração e os frutos percebidos”⁶¹⁴.

Daí, então, fica muito claro que a retroatividade não é da natureza da condição, e a forma adequada para resolver as situações dos atos incompatíveis com a condição operados na fase de pendência é trabalhar no mesmo plano da condição, no plano da eficácia, pelo qual, contra o outro figurante a quem favorece a condição, os atos com ela incompatíveis serão ineficazes e eventuais danos oriundos da fase de pendência, suponha-se, em uma situação de locupletamento de frutos de má-fé, tal se resolverá, não pela retroação dos efeitos da condição, mas pela regra geral do *neminem laedere*, forte na indenizabilidade das consequências dos atos incompatíveis com a condição e com a boa-fé (objetiva).

A conclusão, então, reforça a ideia da irretroatividade da condição, realidade espelhada pelo artigo 128⁶¹⁵.

No âmbito jurisprudencial, todavia, é interessante observar que a incidência do artigo 128 do Código Civil, embora correta para as prestações periódicas, deve ser bem distinguida de figuras próximas, sob pena de aplicação incorreta.

Confira-se precedente:

Apelação – Ação de repetição de indébito – Reconhecimento de que no caso a prescrição é quinquenal nos termos do artigo 206, §5º, inciso I, do CC e não trienal por não se tratar de pretensão de enriquecimento sem causa – Ação proposta antes de vencido o quinquênio prescricional – Ação que visa restituir parcela paga em

de *prestações de serviços* ligado à revolução tecnológica, que, é sabido, engendra uma acentuada deslocação dos sectores primário e secundário para o sector terciário na actividade das sociedades mais evoluídas, em que serviços, informações, know-how e sofisticadas tecnologias de ponta se expandem.” SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 24.

⁶¹⁴RODRIGUES, Sílvio. Da retroatividade e da irretroatividade das condições, cit., p. 370.

⁶¹⁵FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Distinção entre condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: repercussões na falência e na recuperação judicial, cit., p. 188.

decorrência do implemento de condição resolutive – Obrigação principal a ser executada de forma periódica, ou seja em duas parcelas – Pagamento da primeira parcela antes do implemento da condição resolutive – Inviabilidade de restituição tendo em vista que os atos praticados antes do implemento se mostram eficazes – Incidência do artigo 128 do CC – Decisão que não mostra qualquer incompatibilidade com outra proferida em embargos à execução que tramitaram na Comarca do Rio de Janeiro – Sentença reformada – Recurso provido para julgar improcedente a ação prejudicados os pedidos subsidiários formulados no recurso⁶¹⁶.

De trecho do voto do relator, extrai-se o seguinte:

[...] Vale aqui destacar que a obrigação assumida e objeto da condição envolvida negócio jurídico de execução periódica, daí porque os atos praticados até o seu implemento, desde que compatíveis com a natureza da condição e conforme os ditames da boa-fé, se mostram eficazes, conforme expressamente reconhece o artigo (*sic*) 128 do ordenamento civil vigente. Como o pagamento, cuja restituição se pretende foi efetuado antes do implemento da condição resolutive não há como pretender a sua repetição, posto ter ocorrido quando o negócio jurídico estava em pleno vigor jurídico. Não é dado assim ao apelado o direito de restituir aquilo que efetivamente era devido ao tempo do pagamento.

O que merece ponderação é caso o pagamento do preço do bem não seja restituído, é compatível com a natureza da obrigação? Mais ainda, o mero pagamento parcelado não significa obrigação periódica. Dessa feita, o acórdão acima referido foi um tanto reducionista ao versar sobre a questão.

Assim, decerto, tratar de uma compra e venda parcelada é diferente de tratar de uma locação ou de um contrato de prestação de serviços. Naturalmente, o valor dos aluguéis e o valor das parcelas da prestação de serviços não têm razão para retroagir para fins de restituição. No entanto, o preço de uma compra e venda, mesmo de aquisição de participação societária, que será tornada ineficaz pelo implemento da condição resolutive, parece fora do raio de ação do artigo 128 do Código Civil, devendo ser devolvido.

Nesse particular, veja-se o que afirma Nestor Duarte, definindo a hipótese de incidência do artigo 128 do Código Civil: “se de execução continuada, as prestações satisfeitas e os efeitos produzidos não são atingidos”⁶¹⁷. Duarte, no entanto, adverte que: “Não se deve, entretanto, confundir negócio de execução diferida, que participa da classificação de negócios instantâneos, com execução continuada, que é de duração, pois, nesse caso, a obrigação, embora única, se subdivide em prestações periódicas”⁶¹⁸.

⁶¹⁶TJSP, Apel. Cível n. 1044286-76.2019.8.26.0100, 17ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Irineu Fava, j. em 16.02.2022.

⁶¹⁷DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 128. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, cit., 2010, p. 111-112.

⁶¹⁸*Id. Ibid.*, p. 111-112.

Outro caso, interessante, colhido na jurisprudência paulista, relatado pelo desembargador Fortes Barbosa, refere-se a uma cessão onerosa de cotas sociais, por meio da qual a cedente transferiu a cessionária cotas de uma empresa de segurança. Todavia, constou com todas as letras, uma cautela porquanto a empresa tinha como seu único tomador de serviços uma determinada cliente do ramo de entregas, pelo que, então, rescindido por qualquer motivo o contrato de prestação de serviços com a cliente, tal operaria como condição resolutiva da cessão onerosa de cotas sociais.

Pois então, o fato aconteceu e, na discussão estabelecida em embargos à execução – já que a cedente executara o título que possuía espelhando a operação –, a cessionária argumentou com a superveniência da condição resolutiva, retirando a exigibilidade do título. O acórdão foi límpido, conforme a ementa:

Embargos à execução – Título executivo extrajudicial – Cerceamento de defesa inexistente – Ausência de exigibilidade do título que aparelhou a ação – Implementação de condição resolutiva – Procedência reconhecida – Sentença reformada – Execução extinta – Recurso provido⁶¹⁹.

Porém, o voto não enfrentou a questão da extensão do artigo 128 às parcelas pagas, pois o tema fugia ao escopo dos embargos à execução. Mesmo assim, o relator deixou claro que as exceções ao implemento da condição resolutiva são “aqueles efeitos derivados da natureza do contrato (em particular, no caso de ser prevista execução continuada), envolvendo os frutos a partir de coisa possuída por força do negócio e colhidos até o implemento da condição”, sendo que, como afirmou, na espécie, o crédito exequendo não tinha essa natureza, pelo contrário, era preço e, portanto, deixou de ostentar eficácia a partir da eclosão do fato condicionante com a rescisão do contrato com o então único tomador de serviços da cedente⁶²⁰.

⁶¹⁹TJSP, Apel. Cível n. 1024404-05.2017.8.26.0002, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 05.07.2018.

⁶²⁰O trecho do voto que interessa é o seguinte: “A partir do exercício de sua autonomia privada, as partes negociais podem escolher fatores de eficácia para um negócio jurídico, fixando, em específico, a possibilidade de serem destruídos seus efeitos caso implementado um determinado evento futuro e incerto, então fixado como condição resolutiva e, neste caso, advindo o evento, o negócio deixa de produzir seus efeitos normais imediatamente (Carlos Alberto da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 3ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pp. 571-2). Só podem subsistir aqueles efeitos derivados da natureza do contrato (em particular, no caso de ser prevista execução continuada), envolvendo os frutos a partir de coisa possuída por força do negócio e colhidos até o implemento da condição ou, mais remotamente, envolvendo a preservação da boa fé de terceiros (Nestor Duarte, Código Civil Comentado, Coord. Min. Cezar Peluso, 9ª ed., Manole, Barueri, 2009, pp. 472-3; Eduardo Ribeiro de Oliveira, Comentários ao Novo Código Civil, Coord. Sálvio Figueiredo Teixeira, Forense, Rio, 2008, Vol. II, p. 339). Não se cogita, no entanto, na espécie, destas exceções, de maneira que o crédito invocado não ostenta mais nenhuma eficácia e não pode, portanto, ser executado.” TJSP, Apel. Cível n. 1024404-05.2017.8.26.0002, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fortes Barbosa, j. 05.07.2018.

O manejo da condição resolutiva para negócios em geral, sobretudo em transferências de participações societárias, avulta em importância prática, sendo que a doutrina e a jurisprudência podem e devem se debruçar sobre a questão da correta exegese do artigo 128 do Código Civil, dispositivo com virtude prática visível e, mais ainda, simples na aplicação porque é parte da automaticidade das condições, para observar que, apenas no negócio de execução continuada ou periódica, ressalvada disposição em contrário, o implemento da condição resolutiva não terá eficácia em relação aos atos já praticados, atendidos os requisitos da natureza da condição e da observância da cláusula de boa-fé e bem compreendida a distinção entre negócios instantâneos de execução diferida e negócios de duração, ponto central para a correta aplicação do dispositivo.

Essa virtude prática ganha mais visibilidade ainda quando se enquadra o dispositivo a partir do viés da irretroatividade aderente ao vetor da operabilidade do sistema.

3.3.5 O caso específico da retrovenda

Já foi visto que a condição resolutiva é vocacionada como garantia, especialmente nos negócios imobiliários, porque o vendedor quer uma garantia real, justamente porque as ações pessoais só servirão para recuperar a coisa vendida se ela estiver em poder do comprador⁶²¹.

Tratar do caso específico da retrovenda enriquece a análise e possibilita enfrentar problemas práticos do cotidiano forense. Até porque, a retrovenda trata-se de um pacto adjeto, exemplo de condição resolutiva tipificada na própria legislação⁶²². No Código Civil de 2002, encontra previsão nos artigos 505 a 508.

Assim, parece lícito enquadrar a retrovenda como condição resolutiva tipificada legalmente como pacto adjeto ao contrato de compra e venda. No entanto, essa função de garantia, na prática, não raras vezes esconde uma coligação ilegal com mútuo a juros acima

⁶²¹*Infra*: p. 118 e ss.

⁶²²“A natureza jurídica do pacto de resgate é problema de solução controvertida. Qualificam-no alguns escritores como *direito contratual de resolução*; como um *pactum de contrahendo*; como uma *oferta de retrovenda*, predominando a idéia de que a reserva de retrato é uma venda sob condição suspensiva. Essas explicações levam em conta a natureza especial da retrovenda no Direito alemão; no Direito pátrio é uma *venda sob condição resolutiva potestativa*, cujo exercício não depende exclusivamente da vontade do vendedor, mas, também, de que restitua o preço e reembolse as despesas.” GOMES, Orlando. *Contratos, cit.*, p. 256. Nessa linha: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Retratação (aspectos de direito civil). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 329-369, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67226>. Acesso em: 23 abr. 2023.

do limite legal, juros usurários. Nesse ponto, a figura da retrovenda acaba servindo a um pacto comissório, em que o credor fica com o bem que serve de garantia automaticamente, sem qualquer empeco, o que pode gerar um problema em tema de concurso de credores, dentre outros mais, como a simulação de uma relação de juros onzenários⁶²³.

Alguns exemplos demonstram o problema do abuso das formas jurídicas, hoje textualmente contemplado no artigo 187 do Código Civil, sendo inegável que a cláusula de retrovenda como forma de **coerção privada** coligada a um contrato de mútuo a juros abusivos é absolutamente ilegal. Os precedentes falam por si, nesse particular:

Apelação Cível. Escritura Pública de Venda e Compra com Cláusula de Retrovenda – Simulação – Negócio jurídico realizado com o fito de prestar garantia a empréstimo com juros usurários – Nulidade – Discussão atinente a débito decorrente de contrato de mútuo deve ser buscado por via própria – Sentença mantida – Art. 252 do Regimento Interno do TJ/SP – Recurso não provido⁶²⁴.

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – Imóvel – Ação fundada em compromisso de venda e compra de imóvel, com cláusula de retrovenda – Compromisso de venda e compra é um pré-contrato, no qual assumem as partes a obrigação de fazer celebrar outro contrato, dito definitivo de compra e venda – Retrovenda é cláusula especial de contrato de venda e compra e não da processa de venda e compra, que não a comporta – No compromisso, basta prever o direito de arrependimento, em determinado prazo, com a restituição do preço e das despesas do contrato – Inserção de cláusula de retrovenda em uma promessa de venda e compra denota que o contrato mal disfarça um mútuo com juros superiores ao permitido entre particulares – Valor do imóvel muito superior ao negócio jurídico em tela – Prova oral majoritária respalda alegação de que compromisso de venda e compra encobre operação de mútuo com juros extorsivos – Nulidade do contrato de usura – Nulo o contrato, os apelantes não têm direito à adjudicação compulsória, podendo recobrar a quantia mutuada, acrescida de correção monetária pelo índice oficial e juros legais – Recurso improvido⁶²⁵.

CONTRATO – COMPRA E VENDA – Anulação – Cláusula de retrovenda – Alienação do imóvel efetuada para garantia de empréstimo – Fraude à lei comprovada, com abuso da premente necessidade da vendedora, que temia as consequências do não pagamento da dívida – Nulidade de escritura decretada – Decisão mantida – Recurso não provido.

⁶²³Sobre o pacto comissório: “Ao menos em tese, o pacto comissório representaria assim uma garantia juridicamente infalível, que se realizaria pelo tão só advento da mora ou inadimplemento, sem processo de execução. Ela operaria mediante uma transferência automática da propriedade do bem para o credor, sem concorrência ou interferência dos demais credores. O credor teria, dessa forma, imunidade contra os direitos dos demais credores, por mais privilegiados que sejam. Caso pudesse passar ao plano da eficácia, o pacto comissório resultaria na atribuição ao credor de um poder formativo, cujos efeitos próprios se achariam suspensos por condição. Esses efeitos seriam extintivos da titularidade do devedor, e geradores da titularidade do credor sobre o bem ou direito considerado.” HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 22-23. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25112016-115916/publico/Tese_Integral_Luis_Gustavo_Haddad.pdf. Acesso em: 23 abr. 2023.

⁶²⁴TJSP, Apel. Cível n. 9172837-69.2004.8.26.0000, 9ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Piva Rodrigues, j. em 22.11.2011.

⁶²⁵TJSP, Apel. Cível n. 316.976-4/7-00, 1ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 24.04.2007.

A compra e venda com pacto de resgate ou retrovenda, constitui fraude à lei, sendo nula se comprovado que o escopo das partes era alcançar os mesmos efeitos decorrentes do pacto comissório. Utilizando-se as partes da compra e venda com o fim de garantir dívida decorrente de empréstimo, desvia-se o ato de sua finalidade normal instituída em lei⁶²⁶.

Agora, pergunta-se: e se os juros forem legais, essa coligação tem lugar?

O problema é que, como reconhece Carlos Alberto Dabus Maluf, o pacto de retrovenda encerra uma condição puramente potestativa, licitamente prevista em lei⁶²⁷. Assim, qualquer desvio do figurino legal, salvo melhor juízo, implica incidência da nulidade do artigo 122, parte final, do Código Civil.

De outro lado, Luís Gustavo Haddad desmembra a figura do **pacto comissório**, que exigiria os seguintes elementos:

De acordo com os artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil, o pacto comissório pressupõe: (a) a existência de uma obrigação não vencida, isto é, de uma relação jurídica obrigacional, de caráter principal, ainda não inflamada pela nota da exigibilidade; (b) a constituição, em favor do credor dessa obrigação, da garantia correspondente a propriedade fiduciária (art. 1.365), hipoteca, penhor ou anticrese (art. 1.428), ou seja, de uma relação jurídica de direito das coisas, de caráter acessório; e (c) a estipulação da cláusula propriamente dita, que atribui automaticamente ao credor, pela tão só ausência de pagamento pontual, o poder, em sentido amplo, de “ficar com” o bem alienado fiduciariamente, ou dado em penhor, hipoteca ou anticrese⁶²⁸.

O “ficar com” enquanto opção *si voluero* do credor é nulo porque existe uma vedação da condição puramente potestativa acima notada. Exatamente por isso, nos casos em que se admite essa possibilidade, isso se dá por força de lei excepcionando a regra geral, por uma conveniência legislativa.

A simulação, enfim, de uma retrovenda como forma de garantir um contrato de mútuo resultará em invalidade por fraude à lei imperativa (artigo 166, inciso VI, do Código Civil), notadamente aos artigos 1.365 e 1.448, ambos do Código Civil.

Não parece, portanto, que mesmo em caso de coligação com contrato de mútuo em bases percentuais com juros lícitos, seja possível admitir que o credor, não pago o débito, possa ficar com o bem dado em garantia se assim o quiser. Inclusive porque as instituições

⁶²⁶TJSP, Apel. Cível n. 107.214-4/1-00, 7ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Leite Cintra, j. 06.12.2000.

⁶²⁷ “[...] O art. 505 do Código Civil admite outro caso de condição potestativa. Na retrovenda, o vendedor se reserva o direito de recobrar o imóvel que vendeu; desde que restitua o preço e indenize o comprador das despesas feitas com a compra e mais as despendidas em melhoramentos do imóvel. Na retrovenda a reaquisição do imóvel pelo vendedor depende, de certo modo, da sua vontade: dentro do prazo estipulado, poderá, se quiser, recuperar o imóvel alienado.” MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil*: potestativa, impossível, suspensiva, resolutive, *cit.*, p. 62.

⁶²⁸HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, *cit.*, p. 23.

financeiras contam com as figuras próprias da alienação fiduciária e do arrendamento mercantil. E, como anota, Luís Gustavo Haddad, a proibição do pacto comissório é atenta a problemas sistêmicos dignos de nota, a começar pela igualdade dos credores em concurso⁶²⁹.

Outro ponto, haveria situações em que ao credor, muitas vezes, poderia interessar dificultar o pagamento da dívida, para ficar com o bem, ou seja, esse poder formativo dá ensanchas a diversas possibilidades de abuso e de infração a boa-fé objetiva, na faceta que exige do credor que mitigue o seu prejuízo, tanto quanto possível – o denominado *duty to mitigate the loss*.

Ao fim e ao cabo, em um caso como esse, não haveria verdadeira fase de pendência típica do regime das condições, pois, na condição *si voluero* tanto quanto em presença de um direito formativo. não há incerteza e futuridade típicas da figura. Assim como não há pendência na condição arbitrária, que coloca em termos antitéticos a anterior manifestação de vontade da parte, acabando com qualquer ideia de equilíbrio ou sinalagma, também não há, no direito formativo, pois, pela simples atuação, a parte irá criar uma relação jurídica independente da atuação ou não da contraparte. Há, em verdade, constituição ou desconstituição de uma relação jurídica diversa. Na pendência, as relações já existem completas, faltando apenas o advento do fato condicionante para que os efeitos típicos sejam deflagrados.

Enfim, por um ângulo ou por outro, a cláusula de retrovenda só se admite nos estritos lindes legais, porquanto, sendo uma exceção legislativa permitindo a condição potestativa, como exceção deve ser interpretada.

⁶²⁹De acordo com Haddad, uma das oposições mais sérias ao pacto comissório seria a da preservação do *par conditio creditorum*, isso sob dois ângulos fundamentais: o primeiro, em relação ao excesso que porventura exista entre o valor de mercado do bem dado em garantia e o valor da dívida garantia, porque “ao se assenhorear do bem, em definitivo, por ocasião do inadimplemento, o credor pode alcançar um enriquecimento injustificado, caso o valor de mercado do bem, no momento do vencimento, seja superior ao da dívida”; isso, ainda, diminui desproporcionalmente o patrimônio do devedor, que é a garantia geral dos credores. Por outro lado, se o direito real de garantia representa uma prioridade de seu titular, é certo que essa prioridade não é absoluta porque, antes do pagamento dos créditos, existem os pedidos de restituição do artigo 149 da Lei de Falências. Haddad explica, então, que: “[...] tanto na falência como na insolvência civil, a excussão do bem dado em garantia pelo tão só evento do inadimplemento, tal como operada pelo pacto comissório (se lícito fosse), poderia prejudicar a observância da ordem de preferência dos créditos, conforme estabelecida pela lei. Transmutando-se em proprietário, por força do vencimento, o credor protegido pelo pacto comissório estaria autorizado a formular o pedido de restituição previsto no art. 85 da Lei de Falências. Desse modo, tal credor seria atendido antes de outros que estariam à sua frente, caso ele fosse mero credor titular de garantia real.” [HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 102-106]. No entanto, o que esse pesquisador entende como o grande problema do pacto comissório é a questão da desproporção entre o valor de mercado do bem dado em garantia e o valor da obrigação garantida. Daí, observa que: “[...] Havendo meios de assegurar a inexistência de excesso, ou de exigir de antemão que tal excesso seja restituído ao devedor (garantia já nominada em dinheiro, ou com valor de mercado facilmente aferível), elimina-se o que há de reprovável no pacto comissório.” *Id. Ibid.*, p. 180.

3.4 Pendência do termo: distinção

A distinção entre a condição e o termo está, não na futuridade, mas na certeza. A condição trabalha com o fato incerto e o termo trabalha com o momento certo e positivo⁶³⁰. Essa afirmação distingue as figuras, mas, para bem divisar as fases de pendência, é preciso focar na constatação de que o termo não interfere na aquisição do direito, apenas no seu exercício (artigo 131 do Código Civil)⁶³¹.

Destarte, há uma consequência fundamental a manter na retentiva: aquela de que o direito no termo já existe como expectado. A certeza do termo materializa o direito que apenas tem sua exigibilidade postecipada, porém, ele já existe para todos os fins. Não se pode dizer que seja um axioma para todas as modalidades de negócio com aposição do elemento termo, pelo contrário.

De qualquer forma, tem-se algumas perplexidades, como em Pontes de Miranda, ao dissertar acerca do artigo 123⁶³² do Código Civil de 1916, o que coloca a matéria em perspectiva mais crítica. Pontes afirma que é preciso distinguir se o prazo tem que ver com direitos obrigacionais em si mesmos ou com atos de **disposição**. O autor aprofunda então a discussão e vale destacar os seguintes trechos para exploração:

Entre a condição e o termo há a diferença quanto ao fato: na condição, pode dar-se que não ocorra; no termo, ainda se há *dies certus an incertus quando*, há certeza de que o fato vai ocorrer. O tempo é conjunto de fatos, que são os minutos, os dias, os meses, ou os anos, cuja dimensão se pré-analisa e cujos elementos se prevêm. A técnica legislativa teve de atender a diferença: o figurante ou os figurantes não tiveram interesse em diferir a eficácia do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu*, até que certo fato complexo (tempo, espaço + x) se desse; bastou-lhe, ou bastou-lhes o diferimento na dimensão tempo. Deixa-se, às vezes, de precisar a data. O efeito, em verdade, não pende, não está suspenso, no sentido de pendência da condição (pendulação: pode ser ou não ser); o efeito está *sustido*, e não *suspenso*. Suspender é pôr no algo, donde pende, como em perpendicular, ou pendulando: ao passo que suste é segurar no alto: não há, no que sustém,

⁶³⁰“Vale explicar, a condição trabalha com um fato condicionante que pode ou não ocorrer em um lugar e tempo determinado; o termo trabalha com um momento *dies*, que será inicial de efeitos jurídicos ou final desses mesmos efeitos, mas não traz fato outro que não seja o tempo como integrante do suporte fático. Mais ainda, como observa Savigny, o termo é sempre positivo, não há termo negativo, porque o momento irá acontecer, se não acontecer não é termo, porque aí, então, havia incerteza e, portanto, trata-se de condição.” SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*, cit., t. 2, p. 285.

⁶³¹“De modo diverso também da condição, o CC 131 determina que o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito. Isto significa que se pode considerar o direito como adquirido, quer nos termos suspensivos, quer nos resolutivos, mas de eficácia sustida nos primeiros, este o significado com que se deve compreender a suspensão do exercício. É como se o direito estivesse, de certa forma, submetido a um congelamento. Entretanto, a certeza do ocorrer do termo faz com que seja possível considerar-se como já adquirido, sendo um direito já deferido, diferentemente do direito na hipótese de condição, que é direito não deferido, embora igualmente futuro. PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo, cit., p. 484.

⁶³²De redação em tudo igual ao atual artigo 131 do denominado Código Reale, confira-se: “Art. 123. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”, do Código Civil de 1916.

balanceamento, nem pendulação. Sabe-se que o *dies a quo* vai chegar; tudo está estabelecido e previsto; e sabe-se que o efeito sustido se produzirá, no momento previsto, *ex nunc*⁶³³.

No que concerne a atos jurídicos, *e.g.*, atos de disposição, não obrigacionais, a aquisição é efeito expectado. Quem compra a termo inicial, coisa móvel, que lhe é entregue, não pode pretender que a propriedade lhe haja passado. O direito, aí, é expectativo. Não é o mesmo que só haver disposição quando se atingisse o *dies a quo*⁶³⁴.

Com o advento do termo inicial, produz-se o efeito *que fôra sustido*. Tal efeito não é *outro* direito (nem todos os efeitos dos atos jurídicos são direitos); salvo, em se tratando de termo inicial em ato jurídico não-obrigacional, que é outro direito, é que há direito expectativo e direito expectado, ou, até, direito formativo. Não, em relação ao efeito sustido, em matéria de direito das obrigações: porque, aí, não há direito expectativo; há direito, e dêsse direito vão irradiar-se os efeitos a que o termo inicial se refere. Se a compra-e-venda foi a termo inicial, há o direito, oriundo do negócio jurídico obrigacional, a que *ainda* falta a pretensão (ficou sustida pela oposição do termo), e há o direito formativo oriundo do acôrdo de transmissão da propriedade e posse; não a transmissão mesma⁶³⁵.

No primeiro trecho, vale destacar que a certeza tem impacto evidente na eclosão do direito, é elemento inerente ao suporte fático da regra do termo, sem o que trata-se de condição. Assim sendo, obviamente que, sob um primeiro enfoque, afasta-se a pendência cuja característica é a interinidade derivada da incerteza do fato, não da certeza do tempo.

A discussão, então, passa a ser se há lugar para a dicotomia direito expectativo e direito expectado no âmbito do elemento denominado termo. Importante, nesse quesito, rememorar que o artigo 124 do Código Civil de 1916⁶³⁶ já trazia a previsão de que não se pode, dogmaticamente, perder de vista: o **termo inicial** assemelha-se à **condição suspensiva** e o **termo final** assemelha-se à **condição resolutiva**, mas nem tudo lhe é aplicável daquele

⁶³³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 190.

⁶³⁴*Id. Ibid.*, p. 193.

⁶³⁵*Id. Ibid.*, p. 196.

⁶³⁶“Art. 124. Ao termo inicial se aplica o disposto, quanto a condição suspensiva, nos arts. 121 e 122, e ao termo final, o disposto acerca da condição resolutiva no art. 119.” Hodiernamente, o paralelo dessa previsão consta no atual Código Civil assim: “Art. 135. Ao termo inicial e final aplicam-se no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva.” Sobre: RÃO, Vicente. *Ato jurídico, cit.*, p. 365-366. Com detalhes, veja-se, ainda na vigência do Código Civil de 1916: “Há um certo paralelismo entre o termo inicial (*ex die*) e a condição suspensiva, e o termo final (*ad diem*) e a condição resolutiva, embora, como adverte Ruggiero (ob. cit., v. 1, §31, p. 264), a diversidade intrínseca entre as duas figuras aparece clara quando se considera que o negócio com o termo inicial já surgiu pelo ato da declaração, tendo-se já adquirido o direito e apenas ficando em suspenso o exercício, ao passo que no negócio a termo final nada se destrói quando o termo vem, e apenas a partir deste momento não se produzem efeitos ulteriores, pelo quê já não se pode falar de retroatividade ou de pendência.” VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 94. Comentando o artigo 135 do Código Civil de 2002: “Há semelhanças e diferenças entre condição e termo: aquela é futura e incerta e este futuro e certo. A condição suspensiva, enquanto não verificada, impede a aquisição e o exercício do direito, já o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição (arts. 125 e 131). Por isso, apenas, ‘no que couber’, aplicam-se ao termo as regras pertinentes à condição, entre as quais as dos arts. 126, 127 e 130.” DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 135. *In*: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência, cit.*, 2010, p. 116.

regime. Começando pelo denominado **termo inicial**, em negócios versando direitos obrigacionais, tem-se que não há nessa modalidade verdadeira divisão entre direito expectativo e direito expectado – a letra da lei afirma que, desde pronto, titulariza-se o direito.

Todavia, em caso de direitos reais, sobretudo em imóveis, há um direito expectado porque há outro direito que se interpõe entre o direito inicial (expectativo) e o advento do termo, eis que, no termo inicial, em se tratando de direito real, ainda se exige o acordo de transmissão translativo do bem. Assim, observa-se que um compromisso de venda e compra a termo exigirá uma escritura e, evidentemente, não há, com o negócio a termo, o estabelecimento de um *constituto possessório*, pelo qual o alienante exerça a posse em nome do adquirente já como proprietário. Ora, enquanto não houver o advento do termo, o alienante exerce as faculdades dominiais como tal, não em nome do adquirente.

Com o termo final, que se aproxima da condição resolutiva, a questão que se coloca é a de que haverá uma reaquisição, assim como na condição, logo, há uma posição de expectativa. Naturalmente que, em rigor, essa reaquisição não opera os denominados efeitos *ex tunc*, mas apenas *ex nunc*, mesmo assim, Zeno Veloso, como Pontes de Miranda, visualiza um ponto bastante importante na matéria, concernente aos negócios translativos de propriedade, em que o termo final opera efeito real, com efeitos *ex tunc* e não *ex nunc* que, em rigor, são espelhados na ineficácia dos atos contrários à finalidade do elemento aposto, seja condição, seja termo⁶³⁷.

Outra questão sutil, mas importante, ainda na seara de Pontes de Miranda, é a distinção entre termo e obrigações que nascem *pro rata temporis*, ora, a obrigação alimentícia, no que respeita aos créditos vincendos não se pode afirmar que haja direito desde logo, a teor do artigo 131, do Código Civil. Se já houvesse direito, mesmo com o falecimento do alimentando antes do termo, os créditos estariam incorporados ao patrimônio do *de cujus*

⁶³⁷“É possível, todavia, a aposição de termo final nos negócios translativos de propriedade, embora isto seja feito muito raramente. A propriedade, então, será temporária, e isto não contraria o princípio da perpetuidade do domínio, que é de sua natureza, mas não de sua essência. Aposto termo final em negócio de disposição, se, no período intermediário, o titular a termo concedeu direitos reais a outrem, o advento do termo torna ineficazes esses atos, praticados *medio tempore*. Resolvido o domínio pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha. Advindo o termo final, extinguem-se os direitos que ele conferiu a terceiros, regendo-se a matéria pelo art. 647 do Código Civil, aplicando-se os princípios *resoluto jure dantis resolvitur jus accipiens* e *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Nos negócios translativos de propriedade há efeito real tor termo final, operando este *ex tunc*, e não *ex nunc*.” VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, cit., p. 96. No ponto, Zeno Veloso ainda busca apoio em Savigny para afirmar a afinidade do termo final com a condição resolutiva. Buscando no original, bem se verifica essa afinidade: SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*, cit., t. 2, p. 293.

e, portanto, sucessíveis. No entanto, não é assim. Portanto, não se trata de termo. O mesmo vale para os alugueis vincendos, estruturados dentro do esquema de um contrato de duração, como obrigações autônomas, com prazo de vencimento mês a mês. Isso vale dizer que se o direito só nasce com o atingimento do *dies a quo*, não se trata de termo⁶³⁸.

Descendo para fins mais práticos e tratando de uma questão posta no âmbito das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP. É que a incidência do artigo 131 do Código Civil e a ausência de uma verdadeira pendência, mas sim de uma sustação (*efeito sustido*, na nomenclatura ponteana), tem uma repercussão evidente em tema de regime jurídico aplicável:

Impugnação de crédito. Crédito oriundo de ação de despejo. Existência de acordo, no qual os credores aceitaram receber o valor com desconto, desde que o pagamento ocorresse nas datas aprazadas. Superveniência da recuperação antes de findo o termo. Aplicação do artigo 131 do Código Civil. Ausência de cláusula resolutiva, mas sim de termo que não suspende a aquisição de direito. Crédito que deve ser apurado com base na dívida original.

Honorários de sucumbência. Verba devida. Proporcionalidade e razoabilidade que encaminham para a fixação dos honorários de sucumbência por equidade. Condenação arbitrada em R\$ 10.000,00.

Recurso parcialmente provido⁶³⁹.

A controvérsia desenhou-se dessa maneira: (i) na origem, foi firmado acordo em ação de despejo, com confissão de dívida de mais de três milhões de reais; (ii) transacionaram, então, um parcelamento em 28 vezes e um desconto de 30% sobre o valor original da dívida; (iii) pouco tempo depois, sobreveio recuperação judicial; (iv) impugnada a habilitação do crédito pelo valor original, o tribunal bem decidiu que, não tendo sido feitos os pagamentos nas datas aprazadas, a revogação do desconto de 30% era de rigor, o que foi debatido pelas recuperandas.

Da concisão do voto do desembargador José Araldo da Costa Telles vale extrair o seguinte trecho, a propósito do papel do artigo 131 do Código Civil no desate do feito. Disse ele:

Da leitura dos termos da transação, extrai-se que se pretendeu estipular desconto considerável pelos credores para recebimento dos valores, desde que o pagamento fosse realizado nas datas estabelecidas.

No caso de não pagamento, convencionou-se expressamente:

5. A falta de pagamento de qualquer das parcelas na data de seu respectivo vencimento, independentemente de causa ou motivação de qualquer natureza..., acarretará a imediata rescisão deste acordo, independentemente

⁶³⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 194.

⁶³⁹TJSP, Agr. Instr. n. 2021966-87.2020.8.26.0000, 2ª Câm. Res. de Dir. Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, j. 13.07.2020. No mesmo sentido, também do mesmo relator: Agr. Instr. n. 2264762-12.2020.8.26.0000, 2ª Câm. Res. de Dir. Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, j. 29.03.2021.

de qualquer notificação, ainda que extrajudicial, bem como automático e antecipado vencimento de todas as parcelas faltantes, além da completa revogação da dedução de 30% (trinta por cento) concedida pelos autores, de modo que as demandadas responderão solidariamente pelo valor total do débito, o qual deverá ser, desde esta data até a do efetivo pagamento do saldo devedor, corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJESP e acrescido de juros moratórios de 1% (hum por cento) ao mês.

[...]

5.4. Eventual pedido de recuperação judicial de qualquer das demandadas ou a decretação de falência de qualquer uma delas, também acarretará as mesmas consequências jurídicas previstas nos itens acima (5, 5.1. e 5.2.)s mesmas consequências acima previstas.

Sendo assim, o acordo deixou expresso que, em não ocorrendo a quitação no prazo estipulado, estaria rescindido o ajuste acidental e a dívida voltaria ao valor original.

Como sobreveio a distribuição da recuperação judicial, antes da data fixada, essa condição não se havia consumado, razão por que as recuperandas entendem que o acordo permanecia em vigor.

Ocorre que não se está diante de uma condição resolutiva, uma vez que não condicionou a eficácia do negócio a um acontecimento futuro e **incerto**.

Na verdade, o termo apenas subordinou a eficácia do negócio a um acontecimento futuro e certo, ou seja, a um termo, o qual apenas suspendeu o exercício do direito de cobrar pela dívida original enquanto fossem pagas as parcelas corretamente, sem, contudo, extrair-lhe a aquisição, nos moldes do artigo 131 do Código Civil.

Se, então, sobreveio a recuperação antes daquele termo, o direito constante no contrato de prestação de serviços permanece adquirido.

Assim, o valor inscrito deve, mesmo, corresponder à dívida original, sem o desconto. (Destques no original.)

O desdobramento lógico do raciocínio alvitrado no voto, a partir da letra do artigo 131 do Código Civil, tem outras consequências práticas evidenciáveis, a saber: (i) no contexto de uma recuperação judicial ou falência, ao inverso do que ocorre com a condição, o crédito é concursal, porque o direito se considera adquirido, desde antes da decretação da recuperação ou da falência; (ii) o pagamento antecipado, também porque o direito já existe e está incorporado ao patrimônio do credor (senão sequer teria sentido existir), não dá margem à repetição de indébito; (iii) exatamente por isso, a dicotomia de Pontes de Miranda, divisando direito expectativo de direito expectado, é inaplicável aqui, ao menos em relação aos direitos obrigacionais a termo inicial; (iv) entretanto, vale notar que para os termos iniciais em direito real e para os termos finais, é lícito afirmar a presença da expectativa, embora o regime não seja de incerteza; (v) do encontro dessas afirmações conclui-se, então, que não há interinidade típica da fase de pendência tal como ocorre na condição porque a certeza do termo afasta essa possibilidade – lembrando que a interinidade tem um coeficiente de precariedade de todo ausente na figura do termo, cujo advento é certo mesmo quando incerta é a data de sua ocorrência –, daí, retornando a Pontes de Miranda, não há

propriamente uma fase de pendência no termo⁶⁴⁰, há uma fase de sustação da eficácia até o advento do elemento cronológico que, mesmo no termo incerto, em algum dado momento da linha do tempo, ocorrerá. O suporte fático do termo é cronológico apenas⁶⁴¹, uma vez que o fato certo ocorrerá em algum momento na linha do tempo (morte de um ser humano, por exemplo). Já o suporte fático da condição, como visto, engloba tempo, local e mais o fato condicionante, ou seja, há uma complexidade que não sobrevém no termo, cuja exatidão repousa na certeza de que ocorrerá aquele momento determinado, dentro de um trato de tempo.

Há mais uma sutileza digna de nota, para fins do artigo 131 do Código Civil, qual seja, o termo, por vezes, estará acoplado a uma condição, como observa Zeno Veloso, sublinhando que “embora sejam figuras distintas, pode-se misturar termo e condição, prevendo-se tais modalidades conjuntamente, quando se estabelece que o fato futuro e incerto deva ocorrer num tempo determinado: se te formares em Direito até o ano 2000”⁶⁴². Daí, sobreleva, então, o artigo 125 do Código Civil e, nesse sentido, será admitida a repetição de indébito, não porque o termo enseje a restituição, mas exatamente porque a condição suspensiva não implementada enseja. Mais ainda, a condição a termo incerto pode, em determinados contextos, representar abusividade flagrante, porquanto há um elemento de insegurança que o Direito repugna, ademais de uma desvantagem exagerada a um dos figurantes⁶⁴³.

⁶⁴⁰Questionando essa ideia, confira-se: FADDA, Rossela. La tutela del creditore nella pendenza del termine. In: CORRIAS, Paolefisio (a cura di) *Liber Amicorum per Angelo Luminoso*. Contratto e mercato. Milano: Giuffrè, 2013. v. 1, p. 528-529.

⁶⁴¹“O tempo não é fato jurídico, de per si. O tempo entra, como fato, no suporte fático de fatos jurídicos. Ora, com êle, nascem direitos, pretensões, ações, ou exceções; ora, com êle acabam; ora, com êle, se dão modificações de ordem jurídica, que atingem direito, pretensões, ações, exceções, deveres, obrigações e situações passivas em ações e exceções. *Térmo* diz-se o trato de tempo, quiçá o minuto, em que se inicia, ou acaba o tempo medido; prazo, o lapso entre dois tēmos, inicial e final.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 1, p. 30-31.

⁶⁴²VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo, cit.*, p. 87.

⁶⁴³Novamente, é elucidativo recorrer a uma situação concreta, para demonstrar o ponto. Em um caso envolvendo cooperativa habitacional, o cooperado buscou a exclusão e rescisão do contrato com devolução dos valores pagos, porque houve demora na entrega do empreendimento a cargo da cooperativa. Daí, quando buscou a restituição dos valores, deparou-se com cláusula de que “somente será devolvida ao candidato [as parcelas pagas] no momento em que um novo associado assuma junto a cooperativa as responsabilidades decorrentes do contrato, procedendo a devolução nas mesmas condições, tempo e forma em que for efetivado o pagamento por parte do novo associado”. O TJSP entendeu abusiva a condição a termo incerto, conforme ementa: “Ação de rescisão contratual c.c. restituição de quantias pagas – insurgência recursal limitada à restituição dos valores pagos, que, segundo a apelante, deve ser imediata – Condição sujeita a termo incerto – Abusividade – Cabível a restituição integral dos valores pagos pela apelada – Quanto à sucumbência, aplicável a regra do artigo 21, parágrafo único do CPC – Autor decaiu de parte mínima do pedido – Sentença reformada – Recurso provido.” TJSP, Apel. Cível n. 157-883-4/4-00, rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 10.11.2005.

Passando para as medidas de conservação, a lógica correlacional sugere o seguinte: para o **termo inicial**, em verdade, há uma atuação desde o direito já adquirido, portanto, sua potência e **invasividade** na esfera alheia é quase que total, porque o direito já é adquirido, sem embargo, não há exigibilidade, mas há, evidente, um interesse concreto e não meramente instrumental em relação à obrigação pessoal a termo, seja um crédito futuro, seja uma obrigação de fazer. Destarte, uma indenização por perda da coisa, no caso do termo, não precisa aguardar o seu implemento, como seria de se esperar no caso da condição. Para o **termo final** fica evidenciado que há um direito de reaquisição, aproximando-o da figura da condição resolutiva (tanto assim que código anterior fazia expressa referência a essa similitude e, em certa medida, o atual também o faz no artigo 135 – “Ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva”).

Outra questão importante, derivada dessa aplicação subsidiária do regime jurídico da condição, refere-se à ficção de realização para o caso de implemento ou retardo malicioso. De acordo com Zeno Veloso⁶⁴⁴, se o termo é sempre certo, é preciso notar que a doutrina aceita a figura do denominado **termo incerto**, expressão que designa o termo que é certo na sua futura existência, mas incerto em relação ao quando sobrevirá, porque a marcação do interstício de tempo é efetuada não por uma data, mas por um fato, por exemplo, a morte. Ora, o termo incerto pode sofrer interferência humana, sendo possível, portanto, a aplicação da regra do artigo 129 do Código Civil.

Aliás, esse paralelismo com o regime da condição ao termo vem reforçado pela percepção de que, para alguns, é difícil de divisar a zona limítrofe entre o termo incerto e a condição, ainda que a incerteza do termo seja restrita ao quando, incerteza que, em teoria, pode ser ilícitamente manipulada por um dos figurantes. Daí, pois, com mais razão a aplicação do regime da condição e a incidência das consequências do implemento malicioso para o termo incerto, especialmente em caso de dúvida interpretativa a respeito do desejo das partes de avançar uma condição ou um termo incerto⁶⁴⁵.

Outro exemplo de termo incerto, mais alinhado ao cotidiano dos negócios, colhe-se em precedentes judiciais, tomando como paradigma um interessante caso das sociedades limitadas de propósito específico (SPEs), constituídas dentro da estrutura do financiamento de um projeto, por exemplo, para a construção de um empreendimento imobiliário. Nesses casos, a jurisprudência já teve ocasião de precisar tecnicamente que tais sociedades não são

⁶⁴⁴VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*, cit., p. 96-97.

⁶⁴⁵RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 384.

por prazo indeterminado, mas a termo incerto, eis que se dissolverão quando da conclusão do projeto (naturalmente deverá contar com previsão nos instrumentos societários). A consequência prática disso é que o direito de retirada imotivado, nesses casos, não se aplica com apoio no artigo 1.029 do Código Civil⁶⁴⁶.

Por fim, outro interessante aporte vem da doutrina italiana, com Rossela Fadda, observando naquele ambiente jurídico que a questão da possibilidade de o credor a termo pleitear tutela em uma situação de perigo de inadimplemento passa, primeiro, por reconhecer a complexidade obrigacional, muito mais rica do que a mera definição do objeto da obrigação como sendo o comportamento do devedor ou o bem devido⁶⁴⁷. De acordo com Fadda, o *rappporto obbligatorio* deve ser reconstruído a partir da finalidade perseguida e da verdadeira satisfação do credor, o que nos parece acentuar as medidas de conservação, cuja instrumentalidade surge exatamente para garantir a utilidade da obrigação, enfim, sua aderência à satisfação efetiva do interesse do credor⁶⁴⁸. Sem a possibilidade de conservar é lógico afirmar que o interesse do credor e a verdadeira finalidade da obrigação não estão em primeiro plano.

Daí, Fadda tece os seguintes comentários, úteis à reflexão aqui encetada: (i) a ideia de complexidade interna da obrigação traz outra, igualmente interessante e fecunda, de que a satisfação do interesse do credor vem garantida por um duplo binário alternativo, a

⁶⁴⁶“Dissolução parcial de sociedade c/c apuração de haveres. Discussão sobre ocorrência ou não de quebra da *affectio societatis* é irrelevante para o exercício do direito de retirada atualmente – artigo 1077 do Código Civil autoriza o direito de retirada nas sociedades limitadas, entre outras hipóteses, em caso de alteração do contrato social – Precisão é complementada pelo artigo 1.029 do mesmo diploma, que permite de modo bastante abrangente o direito de retirada nas sociedades simples de prazo indeterminado, bastando para tanto a vontade do sócio – Hipótese dos autos que trata de sociedade limitada de propósito específico (SPE), subordinada a termo incerto (que não se confunde com prazo indeterminado) – Impossibilidade de exercício de direito de retirada imotivado no caso concreto – Ausência de prova de falta grave a justificar o pedido de recesso da demandante – Alegadas violações ao contrato social e ao acordo de quotistas não demonstradas – Gestão temerária ou fraudulenta da SPE tampouco restou configurada – Discordância quanto à transformação do tipo societário que permitia o exercício do direito de retirada no prazo de 30 dias – Manifestação intempestiva da requerente nesse sentido que tornou precluso seu direito de recesso – Ação corretamente julgada improcedente – Recurso não provido.” TJSP, Apel. Cível n. 1106762-92.2015.8.26.0100, 1ª Câmara. Res. de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 29.03.2017. Poderia se questionar se há termo ou condição, porquanto não há certeza da realização final do projeto, que pode malograr por diversos fatores. Mesmo assim, o exemplo é útil e demonstra um uso prático do conceito de termo incerto que, bem vistas as coisas, toca muito de perto o regime da condição.

⁶⁴⁷FADDA, Rossela. La tutela del creditore nella pendenza del termine, *cit.*, p. 515-516.

⁶⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 515-516. É notar que o Código Civil italiano possui previsão acerca da pendência do termo, no artigo 1.185: “*Il creditore non può esigere la prestazione prima della scadenza, salvo che il termine sia stabilito esclusivamente a suo favore. Tuttavia il debitore non può ripetere ciò che ha pagato anticipatamente, anche se ignorava l'esistenza del termine. In questo caso però egli può ripetere, nei limiti della perdita subita, ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato.*” No final do segundo *comma*, constata-se interessante previsão de que, se por um lado o devedor não pode repetir o que pagou antecipadamente ao termo, todavia, pode repetir, na medida do prejuízo sofrido, aquilo com que o credor se enriqueceu em consequência do pagamento antecipado.

prestação e, em paralelo, o resultado devido com uma soma em dinheiro⁶⁴⁹; (ii) o direito do credor em conseguir uma certa prestação incluiria a ação para realizar o resultado também através do patrimônio do devedor⁶⁵⁰; (iii) a relevância jurídica da posição do credor, uma expectativa (em sentido largo) da realização final do seu interesse econômico, por via de uma faculdade legal daquele sistema, em caso de insolvência, pode ativar o caminho alternativo que equivale ao vencimento antecipado das obrigações, iniciando o percurso que conduz ao patrimônio do devedor antes do advento do termo⁶⁵¹.

No entanto, Fadda não trabalha com a dicotomia direito expectativo e direito expectado, mas sim com uma ideia de expectativa jurídica sem ter efetivamente delimitado seus contornos, manietando, a nosso ver, sua compreensão a respeito do alcance das medidas preventivas daquele que expecta.

De acordo com Fadda, para o caso de uma condição suspensiva está legitimada uma tutela preventiva, mas não uma proteção completa contra o incumprimento da obrigação. Ou seja, na distinção que opera sobre a proteção da prestação e a proteção da obrigação (que tem a higidez patrimonial como um elemento importante, para o caso de impossibilidade de cumprimento específico), apenas a primeira estaria protegida, não a segunda. Já em relação à tutela da expectativa na “pendência” do termo, a autora vislumbra uma possibilidade de interferência que alcança a discussão da higidez patrimonial do devedor e entroniza o interesse do credor em ver cumprida a obrigação, seja pela prestação, seja por perdas e danos⁶⁵².

Não parece, no entanto, que o sentido e o alcance da condição impeçam de ver o credor condicional, também ele, medidas disponíveis para garantir em última instância, o cumprimento da obrigação em perdas e danos. Se pode haver garantia para o direito sob

⁶⁴⁹FADDA, Rossela. La tutela del creditore nella pendenza del termine, *cit.*, p. 518.

⁶⁵⁰*Id. Ibid.*, p. 519.

⁶⁵¹“La rilevanza giuridica dell’aspettativa può essere colta anche nella fase che precede l’inadempimento e il perfezionamento della fattispecie costitutiva del diritto del creditore sui beni del debitore. In fatti, ancor prima che si verifichi l’inadempimento, quanto l’adempimento è ancora possibile, in pendenza del termine per l’esecuzione della prestazione, il creditore titolare dell’aspettativa dispone di potere di controllo sulla formazione della fattispecie e per la conservazione del patrimonio del debitore. Nel caso di insolvenza del debitore, in presenza di un pericolo di inadempimento e di incapienza del patrimonio del debitore, il creditore può far valere i suoi poteri attraverso la richiesta di adempimento immediato, così alterando l’ordinario svolgimento del rapporto attraverso la decadenza dal beneficio del termine e attivando il percorso alternativo di soddisfacimento dell’interesse del creditore (rivolto al patrimonio del debitore).” *Id. Ibid.*, p. 522.

⁶⁵²“Nel caso della condizione sospensiva, lo stesso comportamento volto ad impedire la produzione degli effetti della fattispecie, può legittimare una tutela preventiva, ma non quella contro l’inadempimento, posto che non è certo che l’effetto si produrrà. Rimerge dunque la differenza tra tutela della prestazione, e tutela del vincolo patrimoniale.” *Id. Ibid.*, p. 531.

condição, pode, naturalmente, ser tutelada a higidez patrimonial de quem vai, no caso da condição se implementar, cumprir o dever de prestar (dar, fazer, não fazer) dentro da estrutura da obrigação. Um argumento de reforço, nesse ponto, é a própria expansão da incidência do artigo 477 do Código Civil, a **exceção de insegurança**, a qual “também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual”⁶⁵³. Não se pode negar que é implícito no programa contratual, a possibilidade de resolução em perdas e danos para satisfação do interesse do credor.

No plano do termo, as medidas de conservação não parecem ser diversas, em um primeiro momento, mas, decerto, sobretudo no termo inicial, é possível vê-las mais invasivas, porquanto, o direito já existe. Assim, é possível visualizar a utilização de remédios satisfativos, o que não se encontra na condição (no Brasil, a teor do artigo 332⁶⁵⁴ do Código Civil, somando-se ao que já consta do artigo 125 do mesmo diploma).

No plano do Direito Italiano, Fadda destaca, então, a *decadenza dal termine*, forte no artigo 1186⁶⁵⁵ do *Codice*, que permite, em caso de insolvência ou diminuição, por fato próprio, da garantia dada pelo devedor da obrigação, que o credor exija a prestação antecipadamente.

Vale notar, entretanto, que essa figura não é igual ao denominado vencimento antecipado das obrigações, usual em diversos contratos, sobretudo nas transações e novações de dívidas. Tanto assim que se interpreta que a incidência do artigo 1.186 do referido código civil tem a ver com a insolvência ou diminuição, por fato próprio, das garantias dadas; ele

⁶⁵³Enunciado 438, V Jornada de Direito Civil, Conselho da Justiça Federal, cuja redação completa é: “A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual.” CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 438*. Aprovado na V Jornada de Direito Civil. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>.

⁶⁵⁴“Art. 332. As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor à prova de que deste teve ciência o devedor.”

⁶⁵⁵“Art. 1186. *Quantunque il termine sai stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date, o non ha dato le garanzie che aveva promesse.*” Veja-se que há precedente entendendo implícita essa garantia, mesmo quando não referida no contrato: “*In tema di mutuo senza indicazione del termine, sussiste il diritto del creditore di esigere immediatamente l’adempimento restitutorio da parte del mutuuario, ladovve quest’ultimo sai divenuto insolvente, risultando invece superflua la preventiva fissazione giudiziale del termine per l’adempimento.*” CASSAZIONE civile. Sez. II. Ordinanza n. 11437 del aprile 2022. (1 massima) *Brocardi.it*. Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/73212.html>. Acesso em: 28 mai. 2023.

não trata da impontualidade no cumprimento das obrigações. A figura, portanto, é mais ampla e de caráter mais sistêmico do que o mero vencimento antecipado das prestações⁶⁵⁶.

4 Efeitos externos da obrigação condicional

Um detalhamento importante, afim com o escopo de estudar as medidas de conservação no negócio condicionado, relaciona-se às medidas de conservação sob a perspectiva dos **efeitos externos** da obrigação condicional.

Na condição resolutiva há, de fato, uma tutela externa do crédito resolúvel perfeitamente praticável, eis que, apesar da presença da interinidade, o crédito existe enquanto tal no plano da eficácia. Doutro bordo, para a condição suspensiva, sob uma primeira mirada, seria de se questionar se há uma tutela externa do crédito porquanto, em rigor, como visto, este não atingiu sua conformação completa no plano da eficácia, existindo, na nomenclatura ponteana, um **direito a crédito**, não propriamente um **direito de crédito**.

No entanto, uma análise sistemática do instituto da condição, demonstra que seria absolutamente sem sentido permitir a defesa do **direito expectativo** manejável diante da contraparte e não permitir ou não aparelhar esse mesmo direito de proteção contra terceiros externos ao negócio jurídico que pudessem interferir no advento ou não do fato condicionante. Inclusive, como soa evidente, isso daria margem a uma possibilidade de fraude, em que o terceiro atuaria a mando daquele dos figurantes a quem interessa a interferência ilícita na condição.

Logo, o direito expectativo é aparelhado de pretensão no que toca ao outro figurante, o que de si é evidente, mas também contra terceiros. Para Otávio Luiz Rodrigues Júnior, se por um lado, o princípio da relatividade dos contratos representou afirmação de elevado conteúdo moral e eticidade⁶⁵⁷, preservando a segurança jurídica, por outro, foi possível

⁶⁵⁶“*Ai fini dell’operatività della decadenza dal beneficio del termine, l’interruzione dei pagamenti rateali non integra le condizioni previste dall’art. 1.286 cc., essendo necessario che ricorra l’involvenza o la diminuzione o il mancato conferimento delle garanzie date dal debitore. (Nella specie, la S. C. há esclusvo che il mancato pagamento da parte del lavoratore delle rate, oggetto di una conciliazione, costituisse di per sé una condizione sufficiente per il verificarsi della decadenza e per esigerre l’intera prestazione).*” CASSAZIONE civile. Sez. Lavoro. Sentenza n. 23093 del 11 novembre 2016. (1 massima) *Brocardi.it*. Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/44390.html>. Acesso em: 28 mai. 2023.

⁶⁵⁷Ou seja, o vetusto princípio *res inter alios acta*, não é ruim. Nem muito menos, só pelo fato de ser antiquíssimo mereça críticas. Na verdade, esse princípio foi uma conquista ética de individualização da responsabilidade: “De fato, a noção de *que res inter alios acta tertiis nec prodest nec nocet*, não se pode desconhecer, também sintetiza a lenta evolução de conceitos extremamente éticos e humanísticos em torno da responsabilidade individual e da intransferibilidade de direitos e sanções. Clóvis Beviláqua (1977: 42-43), esforçado em antropólogos e historiadores, preleciona que durante muito tempo as penas por atos ilícitos –

apontar, desde o início, certas mitigações ao princípio, em especial uma “excepcional oponibilidade dos contratos perante terceiros, pela existência de um fator de atribuição de eficácia mais extensa”⁶⁵⁸. Nesse ponto, nunca é demais lembrar que há uma eficácia importante no negócio sob condição: o efeito mínimo vinculativo dos figurantes, e há também a submissão a futuridade e a incerteza da condição. Quem interfere nesses elementos – tirante a situação da condição mista em que haverá, como visto, uma atuação de terceiro, por exemplo, aprovando um projeto ou não –, interfere no programa contratual do negócio sob condição que significa deixar livre a cadeia de eventos que conduzirá ou não ao implemento da condição.

Desde esse ponto de vista, haveria sim uma possibilidade de se estender a eficácia do negócio condicionado para que outrem não interfira no sucesso ou não da condição, inclusive porque, sem isso, valeria bem pouco a ideia de condição como forma de alocação de riscos ou a ideia ponteana de que “a condição permite ao figurante querer, sem temer o futuro: por ela, o que não se quereria, sem auxílio de hipótese, pode ser querido”⁶⁵⁹. Inclusive, até por lógica do razoável, essa porta aberta pela atuação de terceiros sobre a condição-fato representaria uma possibilidade de fraudes bastante evidente, o que é desejável evitar.

Sobre o tema, ainda, vale citar a observação pioneira de Fernanda Mynarski Martins-Costa de que a tutela externa do crédito alcança o negócio sob condição, forte na doutrina do terceiro cúmplice e que, “se porventura o terceiro estiver consciente de que, com sua colaboração, causou prejuízo a direito alheio, será responsável extracontratualmente pelos prejuízos causados, sem prejuízo da incidência do art. 129 do Código Civil”⁶⁶⁰.

cíveis ou não – eram expiadas por todo o grupo a que pertencia o infrator, independentemente dos demais membros haverem concorrido para o dano. A inadimplência de um indivíduo poderia repercutir sobre os demais integrantes da família, da tribo ou da cidade, numa odiosa extensão dos efeitos a terceiros.” RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 821, p. 83-84, mar. 2004.

⁶⁵⁸*Id. Ibid.*, p. 84.

⁶⁵⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 99.

⁶⁶⁰“O cumprimento da condição também pode ser impedido ou promovido artificialmente por terceiro alheio à relação obrigacional do negócio condicional. Parece não haver dúvidas de que o art. 129 do Código Civil é compatível com a situação pela qual o próprio figurante do contrato condicional induz terceiro a interferir na ocorrência da condição (cumprimento ou descumprimento), para se beneficiar. Se porventura o terceiro estiver consciente de que, com sua colaboração causou prejuízo a direito alheio, será responsável extracontratualmente pelos prejuízos causados, sem prejuízo da incidência do art. 129 do Código Civil.” MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 138. Transcrito o trecho na íntegra, o raciocínio da autora é agudo, porém, há um ponto falho que poderia muito bem ser explorando em um litígio que espelhasse essa situação, o fato de que a responsabilidade extracontratual baseia-se, fundadamente, no artigo 944, *caput*, do Código Civil, donde a indenização mede-se pela extensão do dano. Se acionado o artigo 129 do mesmo diploma, reputa-se verificada quanto aos efeitos jurídicos, a condição maliciosamente levada a efeito ou obstada, se isso não afasta completamente o dano, no mínimo, põe sobre os ombros de quem o alega um ônus argumentativo a vencer em juízo. Enfim, a

Em suma, a tutela externa do crédito também vale, evidentemente, para o crédito sob condição (suspensiva ou resolutiva), havendo interesse tutelável contra o outro figurante, e vale também contra terceiros que perturbem a relação. Sem isso, perderia bastante eficácia, seria bem pobre, a medida de conservação fornecida ao credor condicional.

Para deixar fora de dúvidas a centralidade do ponto ora discutido, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva afirmou que o adimplemento atrai e polariza a obrigação⁶⁶¹, na mesma proporção, parece lícito dizer que a incerteza polariza a condição, daí, qualquer interferência artificial, seja pelos figurantes, seja por terceiros, pode ser combatida pelo titular do direito expectativo merecedor de tutela no nosso sistema jurídico.

Sem embargo, a boa-fé do terceiro é elemento central, sendo que, em casos de condição resolutiva versando sobre compra e venda de bens imóveis, imaginando-se um ato de disposição incompatível com a boa-fé, se o terceiro era inciente desse elemento, parece-nos que prevalece a segurança jurídica, inclusive reforçada no direito pátrio pelo princípio da concentração dos atos na matrícula, a cláusula condicional será ineficaz em relação a ele, porquanto sua interferência se deu sem culpa ou dolo⁶⁶². Aqui, uma eficácia *erga omnes* à cláusula condicional viria em desabono da segurança jurídica e favoreceria a leniência do credor condicional na defesa de seus direitos, uma vez que é evidente que a eficácia *erga*

incidência do artigo 129 do Código Civil, pelo menos em uma primeira análise, não acomoda ainda mais uma indenização contra o terceiro que tenha culposamente influído no negócio condicionado. De qualquer sorte, o tema é rico e a autora feriu o ponto, sendo que há muito por fazer na análise dessa singular questão.

⁶⁶¹“O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. [...] Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos.” SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo cit.*, p. 17. Ora, nesse sistema de processos, a etapa condicional tem como característica marcante o dever de não fazer, de não interferir na incerteza da condição.

⁶⁶²Confira-se no ambiente do Direito Civil português: “Quanto aos atos dispositivos, o artigo 274º (1) do Código Civil português estabelece a regra segundo a qual, na pendência da condição, os atos dispositivos de bens ou direitos que constituem objeto do negócio condicional ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio. Cumpre notar, em primeiro lugar, que a regra é supletiva, ou seja, as partes podem, a todo tempo, estipular em sentido contrário. Por isso, a regra geral será a subordinação dos atos dispositivos de bens ou direitos *sub conditione* à condição equivalente. Conforme escreve Oliveira Ascensão, os atos dispositivos ‘têm de ser atingidos, [...] pois de outra maneira a condição passava a ser inoponível a terceiros.’ Em consequência, entende o autor que ‘a condição é vista como uma estipulação com eficácia *erga omnes*.’ Com efeito, se A aliena a B o imóvel X, sob condição resolutiva, e se, *pendente conditione*, este último aliena o mesmo imóvel X a C, por aplicação do regime do artigo 274º (1) (regime supletivo), o ato de disposição fica sujeito à eficácia ou ineficácia da alienação de A a B, i.e., à verificação ou não verificação da condição. Assim será porque se a condição se verificar, B nunca chegará a adquirir o direito de propriedade sobre o imóvel X.” MOURA, Miguel de Azevedo. *A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, cit.*, p. 216-217. Para facilitar, reprisar-se o artigo 274º do Código Civil português referido pelo autor: “Artigo 274º (Pendência da condição: actos dispositivos) 1. Os actos de disposição dos bens ou direitos que constituem objecto do negócio condicional, realizados na pendência da condição, ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, salvo estipulação em contrário. 2. Se houver lugar à restituição do que tiver sido alienado, é aplicável, directamente ou por analogia, o disposto nos artigos 1269º e seguintes em relação ao possuidor de boa-fé.”

omnes encontra sua legitimidade na publicidade ampla e geral. Todavia, parece caber ao credor condicional, caso haja o implemento da condição, o direito a perdas e danos contra o devedor.

5 Pretensão na pendência da condição

As premissas adotadas de que não há efeito jurídico sem o respectivo fato jurídico e de que o direito expectativo é aparelhado de pretensão distinta e autônoma daquela do direito expectado (uma objetiva a incolumidade do processo de aquisição de um direito, a outra objetiva a satisfação do direito expectado que, no final das contas, condiz com o bem da vida – coisa tangível ou intangível), são repletas de consequências, como visto. Aqui, então, é preciso debruçar-se um pouco mais para surpreender a pretensão na pendência da condição.

Inicialmente, vale relembrar que a pretensão não é o direito, na realidade, ela é a projeção do direito, explicada por Pontes de Miranda como “a tensão para algum ato ou omissão dirigida a alguém. O pre- está, aí, por ‘diante de si’. O direito é dentro de si-mesmo, tem extensão e intensidade; a pretensão lança-se”⁶⁶³. O autor complementa: “Na pretensão, o direito tende para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico”⁶⁶⁴.

Não se pode negar, ao titular do direito expectativo, posição jurídica com essas propriedades. Como consequência, voltando ao cerne, já se observou que as medidas conservatórias possuem uma instrumentalidade que não lhes retira autonomia, ainda que parcial, porque a medida de conservação só faz sentido enquanto houver a fase de pendência, uma vez ocorrido o fato condicionante sobrevém o direito propriamente dito, e uma vez certo de que não irá ocorrer (*condicio deficit*), a medida de conservação perde o objeto. Então, essa medida visa conservar a possibilidade de uma ocorrência, seja diretamente, protegendo o transcurso da condição e deixando-o livre de interferências, seja indiretamente, protegendo a higidez do direito expectado, especialmente se incidente sobre um bem móvel ou imóvel, o qual deve estar íntegro para a eventualidade de sua fruição.

⁶⁶³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, cit.*, t. 5, p. 452.

⁶⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 452. Noutra interessante passagem, novo vislumbre a respeito da argumentação que empenha-se aqui em construir, diz Pontes de Miranda que a pretensão pode ser “à segurança da satisfação da pretensão e não à prestação. O dever e obrigação de quem a presta são dever e obrigação independentes de já existir a pretensão assegurada.” *Id. Ibid.*, p. 463. A pretensão, portanto, pode ter níveis, pode referir-se a um direito subjetivo “final”, digamos assim, conectado a um bem da vida em si mesmo considerado ou, por outro lado, pode referir-se – como já se afirmou – a um direito subjetivo instrumental, resguardando a ideia seminal de que o direito é atividade projetante e a segurança jurídica é dos direitos e das suas projeções, sejam os próprios processos de aquisição dos direitos, seja o resguardo da utilidade econômica do direito futuro, digamos assim.

Exatamente por isso, dessa autonomia dirigida à proteção da incerteza e do objeto de direito sobre o qual incide a condição, tem-se que o artigo 199, inciso I, do Código Civil merece uma reflexão mais detida⁶⁶⁵. Esse dispositivo, de maneira sistemática, dialoga com o artigo 189⁶⁶⁶ do mesmo Código, inclusive porque, em sua topologia, o artigo 189 está na Seção I – Disposições Gerais, do Capítulo I – Da Prescrição, logo, é óbvio que informa todas as disposições do referido capítulo. Sobre esse segundo dispositivo, a configuração do fenômeno da prescrição, Nestor Duarte afirma que os elementos necessários para sua configuração são: “[...] a) a existência de um direito exercitável; b) a violação desse direito (*actio nata*); c) a ciência da violação do direito; d) a inércia do titular do direito; e) o decurso do prazo previsto em lei; e f) a ausência de causa interruptiva, impeditiva ou suspensiva do prazo”⁶⁶⁷.

O fundamento, assumido desde o início, da existência de um direito subjetivo perfeitamente aparelhado de pretensão, denominado **direito expectativo**, é o caminho para o enquadramento da matéria.

Como já se alinhou, o artigo 125 do Código Civil refere-se ao direito expectado, que não nasce enquanto não implementada a condição. O direito expectativo já nasceu, senão careceria de sentido falar em medidas conservação. A medida de conservação existe porque há pretensão exigível contra outrem, pois, em tese, existe a possibilidade de prescrição na pendência da condição suspensiva.

Naturalmente, o direito expectado não poderá prescrever, nem teria sentido, porque ele não nasceu ainda. Como o direito expectativo, enquanto realidade autônoma, já nasceu, dele derivam deveres que podem ser violados e acionados, por consequência, independentemente de o direito expectado ter nascido. Inclusive, é da natureza dos deveres serem acionadas antes de o direito expectado nascer, uma vez que, por sua instrumentalidade existem para viabilizar o nascimento daquele sem embaraços artificiais, o único embaraço será aquele inerente à futuridade e à incerteza da condição.

Para que não haja dúvidas, partindo da ideia de direito subjetivo cujo correlato é o dever jurídico, conclui-se que se existe dever de não interferir no evento condicionante, existe direito. Como destaca Moreira Alves, o ponto central para a delimitação do conceito

⁶⁶⁵“Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I – pendendo condição suspensiva; [...]”

⁶⁶⁶“Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

⁶⁶⁷DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 189. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, cit., 2010, p. 144.

de direito subjetivo consiste exatamente na presença de dever correlato a um poder, sendo que esse dever pode, perfeitamente, ser aquele de **abstenção**⁶⁶⁸.

Assim, é perfeitamente possível a prescrição da pretensão de um direito expectativo, na pendência da condição suspensiva. Naturalmente, o tema entronca-se com várias dificuldades. Suponha-se um exemplo relativo a uma compra e venda de bem imóvel sob condição suspensiva, o adquirente (credor suspensivo) toma notícia de um esbulho em face do vendedor, pelo artigo 125 do Código Civil proprietário do bem até o advento da condição. Este vendedor (devedor suspensivo, digamos assim) nada faz para retomar a posse do bem em face do esbulhador, tampouco, o adquirente faz uso das medidas de conservação a que faz jus. Nesse contexto, ausente a utilização das medidas de conservação devidas ao longo do tempo, seria o caso de passados anos, poder o credor suspensivo sobrepor-se a uma prescrição aquisitiva (usucapião) já operada por quem tem a posse do bem?

Vale notar que, no Brasil, diferentemente do que ocorre na Espanha, a questão da duração da fase de pendência não é enfrentada diretamente pela lei⁶⁶⁹. O que é uma pena, pois, como se observa em lições propedêuticas de direito privado, uma das distinções mais elementares entre o direito das obrigações e o direito das coisas é a de que a obrigação nasce para morrer, nasce para ter seu ciclo evolutivo e seu fim, com seu cumprimento. Já os direitos de propriedade propendem à perenidade.

Em suma, a fase de pendência é, sob essa perspectiva, uma anomalia no curso da obrigação – sim, é certo que é fruto lícito da autonomia privada, disso não se dúvida –, e, quanto mais se alonga, mais provável o conflito de interesses entre as partes. A obrigação em paralisia (eficácia suspensa) por tempo indeterminado produz, no fim das contas, ambiente de insegurança jurídica.

⁶⁶⁸“[...] Este conceito tem a meu ver, uma importância fundamental, pois aponta a real característica do Direito subjetivo, ou seja, aquilo que realmente distingue este poder de outros poderes, que também existem no Direito, mas que não são direitos subjetivos. E que justamente é esta, a de ser um poder necessariamente correlato a um dever, a de ser um poder, que necessariamente, tem que ter a colaboração de alguém, contra quem este poder se dirige, e, portanto, de ser um poder necessariamente violável. Daí dizer-se que o direito tem, como correlato, o dever. Direito e dever são termos correlatos. Isto é certo com relação ao Direito subjetivo, cuja característica fundamental é esta: a de ser um poder correlato a um dever, ambos emanados da norma jurídica.” MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 109-123, jul./set. 1987.

⁶⁶⁹No Código Civil espanhol há interesse e útil previsão no artigo 1.118, assim disposta: “*Art. 1.118. La condición de que no acontezca algún suceso en tiempo determinado hace eficaz la obligación desde que pasó el tiempo señalado o sea ya evidente que el acontecimiento no puede ocurrir. Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida en el que verosimilmente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación.*” Tratando do tema: DIEZ-PICAZO, Luis. El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de ‘conditio pendens’. *Anuario de Derecho Civil*, 1969. p. 129-144. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1969-10012900144. Acesso em: 05 set. 2021.

Em nosso sistema, uma condição suspensiva pode ficar pendente por prazo indeterminado, uma vez que não há na lei de vedação a esse respeito e, como consta do clausulado constitucional (artigo 5º, inciso II, CF/88), em direito privado o limite da liberdade nada mais é do que a lei. Durante esse prazo, por inércia, pode o esbulhador passar a uma situação perene de exercício da posse do imóvel, com *animus domini*, independentemente de título ou má-fé, como é o caso da usucapião extraordinária (artigo 1.238 do Código Civil)⁶⁷⁰.

Tratando da *actio nata*, Antônio Luiz da Câmara Leal ponderou que “duas condições exige a ação, para se considerar nascida (nata), segundo a expressão romana: a) um direito atual atribuído ao seu titular; b) uma violação desse direito, à qual tem ela por fim remover”⁶⁷¹. O autor esclarece ainda que

Se o direito não é atual, isto é, completamente adquirido, mas futuro, por não se ter acabado de operar sua aquisição, não tendo entrado ainda, definitivamente, para o poder do titular, não é passível de violação, e não pode, portanto, justificar o nascimento de uma ação⁶⁷².

O importante, então, é conferir a atualidade ou não do direito sob condição o que, de certa maneira, a lei já resolveu: na condição suspensiva, não há direito adquirido para fins de eficácia e exercício, nos termos do artigo 125 do Código Civil, porém, com o perdão da insistência, existe algo, que se obtém exatamente pela análise de que se há um dever de abstenção, há um direito subjetivo, nos termos alinhavados. Mesmo assim, em reforço, veja-se em Giuseppe Lumia que há nisso uma **norma de comportamento** e, mais ainda, existem,

⁶⁷⁰Nesse ponto, vale abrir um parêntese de que, com o passar dos anos, o prazo da prescrição aquisitiva na usucapião extraordinária vem diminuindo, o que só demonstra a tendência do legislador de buscar resolver situações possessórias ambíguas o quanto antes, para fins de pacificação social. Primeiro, o artigo 550 do Código Civil de 1916 previa prazo de 30 anos para usucapir o bem imóvel; depois, com a Lei n. 2.4437, de 07 de março de 1955, esse prazo passou para 20 anos. Hoje, com o atual artigo 1.238 do Código Civil de 2002, o prazo é de 15 anos e, ainda, pelo parágrafo único, pode ser reduzido para 10 anos se “o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua morada habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

⁶⁷¹LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. atual. José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 22.

⁶⁷²*Id. Ibid.*, p. 22. Em doutrina mais recente, sobre a *actio nata*: “Sobre a noção de *actio nata*, Savigny discorre longamente em seu tratado. Nas palavras do autor, a primeira condição de uma prescrição possível coincide com a determinação de seu pronto de partida. Enquanto um direito de ação não existir, não se pode deixar de exercê-lo, nem se perderá por negligência. Para que uma prescrição se inicie, é necessária, então, uma *actio nata*. Todo o direito de ação tem duas condições: primeiro, um direito relevante, atual e suscetível de ser reclamado em juízo; sem isso, não há prescrição possível. Se, então, uma obrigação estiver limitada por uma condição ou prazo, a prescrição somente se inicia quando a condição for cumprida ou o prazo expirado. É necessária, então, uma violação do direito que determine a ação do titular.” SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos, cit.*, p. 204-205. Nota-se, nessa citação, a ausência da dicotomia direito expectativo/direito expectado: o direito sob condição pode ser passível de violação na dimensão da expectativa, porém, não, obviamente, na dimensão expectada. Mas é certo que há dever e há possibilidade de ser violado.

como visto, obrigações oponíveis ao sujeito passivo, ou seja, há nessa situação de pendência um direito subjetivo estruturalmente completo, mas cujo suporte fático relaciona-se com a conservação de um outro direito, ainda pendente de condição⁶⁷³.

Essas conclusões demonstram que para a doutrina de Câmara Leal, dentre outros autores que não trabalhavam com a ideia de um direito já completamente formado mesmo na fase de pendência, não há direito atual nessa etapa⁶⁷⁴. Todavia, para a opção teórica que parte do reconhecimento do direito expectativo, o eixo muda completamente, porquanto as medidas de conservação derivam das pretensões acionadas por violação de um direito expectativo que, exatamente por implicar um dever de outro figurante bem individuado, é perfeitamente passível de violação.

Tal circunstância, ao longo dos anos, não tem merecido maior atenção da doutrina, apesar de ser uma questão com consequências práticas bastante relevantes, muito embora nos casos em que a violação é continuada no tempo, especialmente no que toca ao dever de não interferir, tenha-se alongada a situação de violação e, portanto, o princípio *actio nata*, nessa situação, implique um alongamento do ponto de partida da contagem da prescrição. O certo é que o direito subjetivo expectativo tem um correlato dever, passível de violação e, incidindo o princípio *actio nata*, há possibilidade de se falar em prescrição nesse particular.

Uma vez adotada a dicotomia direito expectativo e direito expectado, pensar de modo diferente gera uma inconsistência, pois, se não há pretensão no direito expectativo quando malferido pela parte infratora, a obrigação na fase de pendência equivaleria a uma mera

⁶⁷³“Os direitos pessoais e os direitos reais têm em comum o fato de que a eles corresponde geralmente, por parte dos outros sujeitos, uma obrigação negativa, ou seja, uma obrigação de abstenção de certos comportamentos que possam constituir lesão ou turbação daqueles direitos. Aos direitos de obrigação, por sua vez, pode corresponder, por parte do sujeito passivo, tanto uma obrigação negativa, quanto uma obrigação positiva, consistente em um dar ou em um fazer.” LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*, cit., p. 109.

⁶⁷⁴Mesmo Lumia cria uma inconsistência na sua explicação, quando excepciona a fase de pendência como uma expectativa que, não é direito subjetivo, mas possui uma tutela limitada. Veja-se o trecho: “[...] Há, todavia, interesses que, embora não se alcançando à categoria de direitos subjetivos, gozam de tutela limitada. Tais são as expectativas de direitos, os direitos limitados e os interesses ocasionalmente protegidos. Existem situações que estão em vias de tornar-se direitos propriamente ditos e que determinam em certos sujeitos expectativas, às quais o ordenamento jurídico assegura uma tutela limitada. Fulano, por exemplo, institui Cicrano como herdeiro, com a condição de que ele se forme dentro de determinado prazo. Cicrano não pode herdar antes da formatura, todavia, a lei lhe concede alguns poderes como os de realizar certos atos cautelares e conservativos tendentes a evitar que, nesse ínterim, os bens herdados sejam perdidos (art. 1.356 do Código Civil).” *Id. Ibid.*, p. 112. Discutindo a ideia posta pelo referido autor, em primeiro lugar, nota-se uma visão muito restritiva da cautelaridade na fase de pendência, meramente reativa. No entanto, no nosso sistema, não custa lembrar que há a incidência da boa-fé objetiva, há a própria ficção de cumprimento da condição para os casos de interferência indevida, tudo a demonstrar uma densidade na posição do expectante que a aproxima da figura do direito subjetivo. Sendo assim, a dicotomia direito expectativo de um lado e direito expectado de outro novamente mostra sua força, porque divide bem as projeções desses dois direitos subjetivos imbricados entre si, porém, autônomos e com funções próprias, já que o primeiro só existe para viabilizar o segundo.

obrigação natural, o que é desmentido pelo artigo 130 do Código Civil, já que só há medida de conservação onde há pretensão e, onde há pretensão, há possibilidade de prescrição.

Essas simples provocações decerto merecem um estudo mais alentado, no entanto, aqui são abordadas como consequências lógicas das premissas adotadas, a bem de um dever de coerência interna de todo salutar.

CAPÍTULO IV. A FASE DE PENDÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO

O tratamento da fase de pendência, no Código Civil brasileiro, é tímido. Já o era à luz do Código Civil de 1916. Mantido o mesmo formato pelo Código Civil de 2002, com as ressalvas já adrede sublinhadas, vale uma brevíssima incursão no direito estrangeiro, apontando formas de tratamento, a fim de ponderar as insuficiências do regime legal pátrio.

A ideia central de que há na fase de *condicio pendet* um raio de ação para medidas conservativas, inerentes à própria obrigação dos figurantes de não interferir no fato condicionado, está presente em todos os sistemas examinados. O que muda é o grau de detalhamento e a estruturação sistemática.

A constatação de que existe um interesse digno de tutela é comum a todos, ou seja, há uma medida de conservação inerente à própria obrigação de não interferir no fato condicionante, mantendo a integridade do direito expectado e isso, como se verá, contrariando o nosso restritivo artigo 129, do atual Código Civil, não condiz apenas com o comportamento malicioso, assume uma perspectiva mais ampla, inclusive de viés cooperativo. É um ponto a carecer de uma visão sistemática, enriquecida pelos próprios princípios regentes do Código Civil, a começar pela cláusula geral de boa-fé que, se por um lado, deu margem para muitos abusos, por outro, tem sim seu lugar como vetor interpretativo das múltiplas variáveis que assumem as posições jurídicas ativas e passivas.

Foram examinados os códigos civis português, espanhol, argentino, uruguaio, chileno, francês e italiano, não como um estudo de direito comparado, com seu método próprio⁶⁷⁵, mas sim como uma catalogação um tanto arbitrária, é verdade, mas elucidativa

⁶⁷⁵Com considerações sobre o método do direito comparado, veja-se: MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.*, p. 199 e ss. Nessa linha, sobre o método do direito comparado, a iniciar pela fixação do problema a investigar, passando pela análise da lei, mas, principalmente, de outros dados culturais dos sistemas em comparação, veja-se em Ascarelli: “Somente depois que se houver fixado o alcance real do problema e se houver verificado a sua correspondência nos vários direitos, é que se pode proceder ao estudo das várias soluções jurídicas. E’ evidente, que, procedendo assim, se torne natural levar em conta a possibilidade de que o mesmo problema seja resolvido analogamente, embora, com instrumentos jurídicos diversos ou que os mesmos institutos jurídicos envolvam, nos diversos direitos, um alcance praticamente diverso. [...] Nem é preciso lembrar, ainda uma vez, o que observamos de início nestas considerações, isto é, a necessidade de apreciar no exame, não somente a legislação, mas todos os dados que concorrem para determinar o alcance real de uma solução jurídica, na unidade de cada sistema, em relação às interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, aos hábitos da prática contratual, às tendências de construção doutrinária, aos vários dados econômicos e sociais”. ASCARELLI, Tullio. *Premissas ao estudo do direito comparado. In: ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.* São Paulo:

de pontos centrais no trato da situação de pendência da condição em legislações de mesma matriz continental. Em seguida, foi feita uma incursão no Direito Anglo-Saxão e, por fim, uma breve análise no âmbito dos Princípios UNIDROIT. Tudo isso, embora não como um estudo de direito comparado, mas como uma abordagem que, observando a legislação estrangeira, reforça a importância no tratamento da fase de pendência, no que a legislação nacional é tímida.

1 No direito continental

O Código Civil português aborda o assunto em dispositivos que tratam (i) da pendência da condição⁶⁷⁶; (ii) da pendência da condição: atos conservatórios⁶⁷⁷; (iii) da pendência da condição: atos dispositivos⁶⁷⁸; e, por fim, (iv) da verificação ou não verificação da condição⁶⁷⁹, completando assim, o arco lógico do regime jurídico aplicável a essas situações desde seu nascimento até a finitude.

Interessante anotar, como comentário lateral, o quanto prezou o legislador português pela própria funcionalidade da cláusula condicional, ao observar que “a certeza de que a condição se não pode verificar equivale à sua não verificação”. A segurança jurídica milita em favor da solução da situação de pendência o quanto antes e de modo indubitável, eis que a incerteza elemento da condição repercute logicamente no negócio⁶⁸⁰.

Saraiva & Cia, 1945. p. 49. Exatamente esse grau de dificuldade e detalhamento que desborda dos limites do presente trabalho.

⁶⁷⁶“Artigo 272º - Pendência da condição. Aquele que contrair uma obrigação ou alienar um direito sob condição suspensiva, ou adquirir um direito sob condição resolutiva, deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa-fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte.”

⁶⁷⁷“Artigo 273º - Pendência da condição: actos conservatórios. Na pendência da condição suspensiva, o adquirente do direito pode praticar actos conservatórios, e igualmente os pode realizar, na pendência da condição resolutiva, o devedor ou o alienante condicional.”

⁶⁷⁸“Artigo 274º - Pendência da condição: actos dispositivos. 1. Os actos de disposição dos bens ou direitos que constituem objeto do negócio condicional, realizados na pendência da condição, ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, salvo estipulação em contrário. 2. Se houver lugar à restituição do que tiver sido alienado, é aplicável, diretamente ou por analogia, o disposto nos artigos 1269º e seguintes em relação ao possuidor de boa fé.”

⁶⁷⁹“Artigo 275º - Verificação ou não verificação da condição. 1. A certeza de que a condição se não pode verificar equivale à sua não verificação. 2. Se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa-fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada.”

⁶⁸⁰“A simples aposição de uma cláusula condicional tem como efeito imediato e automático a criação de uma situação de instabilidade no negócio condicionado que resulta da incerteza, elemento intrínseco da condição própria.” MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.* p. 214.

Obviamente, em um contexto processual, a prova dessa certeza será ônus do favorecido; todavia, a presença desse dispositivo ajuda a resolver situações dúbias e a delimitar com mais precisão os deveres daquele a quem o alongamento da situação de pendência favoreceria.

Na sistematização do Código Civil português, impressiona sua simplicidade e clareza. Primeiro, na definição da pendência da condição, deixa claro incidir a boa-fé, “por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte”. Segundo, ao tratar dos atos conservatórios, deixa textualmente consignado, portanto, fora de qualquer dúvida, que tais atos podem ser realizados tanto na condição suspensiva quanto na condição resolutiva, o que nosso código também teve o cuidado de observar no artigo 130. Terceiro, com a distinção dos artigos 273 e 274 sobre os atos conservatórios na pendência da condição e os atos dispositivos também na pendência da condição. Por fim, com a remissão expressa no tocante aos frutos, estabelecendo o paralelo com o possuidor de boa-fé.

De acordo com Menezes Cordeiro, os princípios retores da fase de pendência são aqueles da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente⁶⁸¹. Isso, em certa medida, agora já usando de raciocínio que pode muito bem servir para o Direito Brasileiro, deriva da própria ideia de que também no negócio condicionado é possível falar em uma **função social**⁶⁸², qual seja, aquela de se cobrir determinados riscos derivados de uma incerteza objetiva, sem o quê o negócio não interessa à parte ou é menos útil, porquanto o nível de riscos assumidos passa a ser um custo de oportunidade que o contratante reluta em assumir. Assim, de pouco serviria o negócio feito sob condição sem a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente, no fim das contas, a preservação dos efeitos típicos sobrestados na fase de pendência da condição.

Trazendo rico panorama a esse respeito, Miguel de Azevedo Moura obtempera, de saída, que o Direito Português “olha” para a situação de pendência como um particular caso de conflito de interesses, assim a tutela posta em causa observa a boa-fé objetiva⁶⁸³ e, por

⁶⁸¹MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., p. 653.

⁶⁸²Relembrando, nesse ponto, a ideia de função social do tipo, confira-se: “A função social do contrato visto como instituição logicamente guarda uma área de intersecção com a função social dos diferentes tipos contratuais, na medida em que se pode afirmar que os tipos são espécies do gênero mais amplo, que é a instituição. Todavia, por estar mais próxima do contrato concretamente considerado, a função social do tipo diz mais do que apenas a função da instituição. As necessidades práticas supridas com a celebração e o cumprimento de contratos são absorvidas pela tipicidade social e, por vezes, cristalizadas pela tipicidade legislativa nas figuras dos contratos nominados”. HADDAD, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*, cit., p. 94-95.

⁶⁸³MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, cit. p. 214.

consequência, também encarece a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente como dois subprincípios incidentes⁶⁸⁴.

Esse dever de não comprometer a integridade do direito da outra parte, repita-se o que se disse logo de início, tem alcance semântico muito mais largo, por isso mais eficaz e rente à realidade social, do que o artigo 129 do Código Civil brasileiro que restringe, sob uma interpretação isolada do dispositivo, sua incidência às situações de malícia.

O Código Civil espanhol, por sua vez, trata da matéria de maneira completamente diferente. A fase de pendência não conta com dispositivos específicos. A sua estruturação observa, em primeiro lugar, de acordo com o artigo 1.113, uma distinção entre as obrigações puras e as condicionais, deixando claro que a obrigação pura é regra geral⁶⁸⁵.

Em seguida, estabelece como se estrutura a obrigação condicional, mas não define a condição tal como faz o artigo 121 do Código Civil brasileiro, inclusive porque os elementos essenciais da condição já estão espelhados no artigo 1.113. Assim, o artigo 1.114 preceitua que, nas obrigações condicionais, a aquisição dos direitos, assim como a resolução ou perda daqueles já adquiridos, depende de acontecimentos que constituam a condição⁶⁸⁶.

Na fase da pendência, em específico, o que traz a referida legislação é, primeiro, a ênfase (padrão no que foi consultado) de que a obrigação se terá por cumprida quando o obrigado impeça voluntariamente seu cumprimento, conforme o artigo 1.119, para já, no artigo seguinte, tratar da retroação da obrigação cumprida.

Entretanto, o que chama mais a atenção e que nosso regime não prevê é a duração da fase de pendência da condição — tal como consta do artigo 275, primeira parte, do Código Civil português. O tema é rico e sem tratamento adequado no Brasil, diferentemente do código espanhol que, nos artigos 1.117 e 1.118, trata da complexa matéria, que foi, inclusive, objeto de relevante artigo doutrinário de Luís Diez-Picazo⁶⁸⁷.

Em resumo, o Código Civil espanhol dispõe sobre a situação de condição pendente com prazo para acontecer o evento futuro e incerto, diferenciando da situação de condição pendente sem prazo para acontecer o evento futuro e incerto. A racionalidade do dispositivo

⁶⁸⁴*Id. Ibid.*, p. 221.

⁶⁸⁵“*Art. 1.113. Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución.*”

⁶⁸⁶“*Art. 1.114. En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición.*”

⁶⁸⁷DIEZ-PICAZO, Luís. El tempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de ‘conditio pendens’. *Anuário de Derecho Civil*, 1969. p. 129-144. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1969-10012900144. Acesso em: 05 set. 2021.

é a seguinte: (i) no artigo 1.117, no caso da condição positiva de que ocorra o evento em determinado período se extinguirá a obrigação, desde que vencido esse prazo, ou ainda, desde logo, se indubitado que o evento não ocorrerá⁶⁸⁸; (ii) no artigo 1.118, no caso da condição negativa de que não aconteça um dado evento futuro e incerto em determinado tempo, a obrigação será eficaz com o escoamento do tempo assinalado, ou então, desde que seja indubitado que o evento não poderá mais acontecer. Ponto de destaque ainda, na segunda parte do artigo 1.118, é o conceito indeterminado, predicando o dispositivo que, não havendo tempo prefixado, “a condição deverá reputar-se cumprida naquele período que verossimilmente teria sido apontado, levando em conta a natureza da obrigação”⁶⁸⁹.

Essa questão, em que a obrigação condicional não possui termo pré-fixado para o acontecimento ou não da condição, como observa Díez-Picazo, atrai duas posturas possíveis: a primeira, admitindo uma espera indefinida, sendo que a condição pode sempre ser cumprida, exceto quando seja certo que não pode mais sê-lo; a segunda, fugindo da lógica abstrata e atendendo aos interesses empíricos das partes e aos fins perseguidos pelo negócio, com a realização de uma interpretação integrativa da lacuna negocial. Díez-Picazo pondera ainda que, muito embora o parágrafo segundo do artigo 1.118 refira-se à condição negativa (de que não aconteça um evento), tal pode e deve se aplicar também para a condição positiva, uma vez que é mais conforme com os princípios gerais do direito das obrigações, evitar diferir-se indefinidamente os efeitos da obrigação⁶⁹⁰. Além do que, segundo o mesmo autor, é preciso cuidado com a distinção entre as condições positivas e as negativas, que resulta mais de uma variação gramatical do que de uma significativa alteração no evento condicionante, que pode ser dito de forma afirmativa ou negativa (dou-te meu relógio se casares ou dou-te meu relógio se não permaneceres solteiro)⁶⁹¹.

No que respeita ao conceito indeterminado consistente no “verossimilmente”, Díez-Picazo aponta que a ideia de tempo verossímil vai adotar algumas balizas, sendo a primeira delas a da “natureza da obrigação”, um critério óbvio para todo tipo de avaliação de negócio jurídico que enverede por uma interpretação integrativa. Assim, por exemplo, uma

⁶⁸⁸“Art. 1.117. La condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que pasare el tiempo o fuere ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar.”

⁶⁸⁹“Art. 1.118. La condición de que no acontezca algún suceso en tiempo determinado hace eficaz la obligación desde que pasó el tiempo señalado o sea ya evidente que el acontecimiento no puede ocurrir. Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida en el que verosíblemente se hubiese querido señalar, atendida la naturaliza de la obligación.”

⁶⁹⁰DÍEZ-PICAZO, Luís. El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de ‘conditio pendens’, *cit.*, p. 138.

⁶⁹¹*Id.* *Ibid.*, p. 142.

substituição fideicomissária (exclusiva de negócio testamentário) tem como natural que a condição se dê posteriormente à morte do testador, o que, presume-se, vai demorar; muito diferente de uma condição suspensiva aposta para um contrato de fornecimento condicionado a vencer uma licitação com o poder público, quando então, o licitante vencedor terá a necessidade do insumo. A segunda baliza destacada pelo autor, a partir da redação do artigo 1.118 do código espanhol, é a de perquirir a intenção da parte, eis que a expressão “*se hubiese querido señalar*” remete à intenção, uma vontade provável, ainda que não manifestada expressamente e nem desenvolvida pelos contratantes. A terceira baliza é a aplicação da boa-fé objetiva encontrada em todos os sistemas consultados, omnicompreensiva das situações que exijam avaliação do comportamento das partes. Por fim, uma quarta baliza, aplicável aquele contexto, entretanto, bastante questionável para aplicação em nosso sistema, é a de um verdadeiro *favor debitoris*⁶⁹², vez que no Direito Espanhol existe um dispositivo claro a esse propósito, o artigo 1.289 do Código Civil que, a bem do purismo, transcreve-se literalmente:

Art. 1.289. Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse em conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

O Código Civil e Comercial argentino atual prevê, a respeito da pendência da condição, um dispositivo específico, inclusive com remissão expressa à boa-fé, enfatizando que não se deve prejudicar a contraparte. É o que consta do artigo 347 daquele *codex*, deixando clara a possibilidade de exercício tanto para a condição suspensiva quanto para a resolutiva⁶⁹³.

O Código Civil do Uruguai traz consigo, também ele, a questão da duração da fase de pendência, em disposições semelhantes ao Código Civil espanhol, separando a condição

⁶⁹²DIEZ-PICAZO, Luís. El tempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de ‘conditio pendens’, *cit.*, 140. O dispositivo é bem mais amplo do que o artigo 114, do Código Civil brasileiro, que não faz remissão expressa a elementos acidentais, apenas observa que os negócios benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente – ora, se de interpretação estrita se trata, a ausência de prazo para a ocorrência do evento futuro e incerto não pode ser inserida pelo adjudicador/intérprete.

⁶⁹³“§07781 Art. 347. Condición pendiente. El titular de un derecho supeditado a condición suspensiva puede solicitar medidas conservatórias. El adquirente de un derecho sujeto a condición resolutoria puede ejercerlo, pero la otra parte puede solicitar, también medidas conservatórias.”

positiva⁶⁹⁴ da condição negativa⁶⁹⁵, mais uma disposição simples sobre as medidas de conservação. O faz, no que denomina “*disposiciones generales*” da Seção I, Capítulo III, tratando das obrigações condicionais. Em suma, as medidas de conservação valem para as condições suspensivas e resolutivas⁶⁹⁶; o descumprimento do dever de *hacer posible*⁶⁹⁷ o sucesso do evento condicionante gera a incidência do artigo 1.440⁶⁹⁸.

Já o Código Civil chileno não possui um dispositivo específico sobre o tema, que vem englobado no artigo 1.492, parte final, ao dispor que o credor condicional “*podrá impetrar durante dicho intervalo las providências conservativas necesarias*”⁶⁹⁹.

Após reformas, o Código Civil francês alterou o regime das obrigações condicionais. Mathias Latina, enfocando no tema da pendência da condição, (i) observa, sob uma perspectiva algo reducionista, que para a condição resolutiva, a pendência é de trato mais simples, pois enquanto não sobrevenha a condição-fato, a obrigação é pura e simples⁷⁰⁰; (ii)

⁶⁹⁴“Artículo 1.418. La obligación contraída bajo condición de verificarse algún suceso para día determinado, caduca, si llega éste sin realizarse aquél. Si no hay tiempo determinado para la realización del suceso, puede cumplirse la condición en cualquier tiempo.”

⁶⁹⁵“Artículo 1.419. Contraída la obligación bajo condición de que no se verifique algún suceso en tiempo determinado, queda cumplida si transcurre el tiempo sin verificarse. Se cumple igualmente, si antes del transcurso del tiempo se hace evidente que el suceso no puede realizarse. Si no hay tiempo determinado, sólo se considera cumplida la condición cuando viene a hacerse evidente que el suceso no puede realizarse.”

⁶⁹⁶“Artículo 1.423. El acreedor puede, pendiente el cumplimiento de la condición, ejercer todos los actos conservatorios de su derecho.”

⁶⁹⁷“Los deberes están dirigidos a hacer posible, mediante conductas positivas o negativas, la verificación del hecho condicional, em cuya producción no participan las partes; y en otros casos, tratándose de la condición potestativa, ya, positiva o negativa, en la que por su esencia está implicada la actuación de alguna de las partes en la ocurrencia del evento condicional, además del deber de hacerlo posible, esto es, de desarrollar una conducta preparatoria del mismo, tiene que ejecutar la conducta final, que es le hecho condicional mismo.” CAFARO, Eugenio B.; CARNELLI, Santiago. *Eficacia contractual*. 3. ed. Montevideo: FCU, 2007. p. 64. Notar, todavia, que há um erro: condição em que a parte deve desenvolver toda a conduta, mesmo a conduta final consistente no fato condicional, é condição arbitrária, afastada também por aquele ordenamento (art. 1413). A participação da vontade na condição potestativa nunca poderá ser final, o derradeiro ato é fruto da incerteza conatural ao elemento condicionante.

⁶⁹⁸“Artículo 1. 420. La condición se reputa cumplida, cuando ya sea el que la estipuló o aquel que se obligó bajo ella, es el que há impedido su cumplimiento, a no ser que el obstáculo puesto al cumplimiento de la condición, sólo se ala consecuencia del ejercicio de un derecho.” Em princípio, a parte final do dispositivo parece contraditória porque se o exercício normal de um direito é obstáculo à condição livremente estipulada, há abuso de direito, pelo menos em princípio, sendo ônus da parte implicada provar o contrário.

⁶⁹⁹“Art. 1.492. El derecho del acreedor que falece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede com la obligación del deudor. Esta regla no se aplica a las obligaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos. El acreedor podrá impetrar durante dicho intervalo las providências conservativas necesarias.”

⁷⁰⁰LATINA, Mathias. Rapport français – Le nouveau régime des obligations conditionnelles. In: SCHULZE, Reiner; WICKER, Guillaume; MÄSCH, Gerald; MAZEAUD, Denis (Eds.). *Droit compare et européen*. vol. 20. La réforme du droit des obligations em France. 5èmes Journées Franco-Allemandes. Sous la direction de Reiner SCHULZE, Guillaume WICKER, Gerald MÄSCH, Denis MAZEAUD. Paris: Société de Législation Comparée, 2015. v. 20, p. 190. Latina ignora que o figurante credor, na obrigação sob condição resolutiva, também tem interesse no manejo de medidas de conservação, inclusive porque, de sua perspectiva, o direito está sob condição suspensiva. Assim, a posição é algo reducionista, pois, se é certo que na obrigação sob condição resolutiva o direito é desfrutado como se de obrigação pura e simples se tratasse, não é menos certo que há o signo da incerteza sobrepassando a obrigação e, como se vê, há a expectativa (direito expectativo)

realiza uma discussão doutrinária a respeito do impacto da condição sobre a existência da obrigação condicional em si mesma, discussão já vencida com folgas pelo paradigma teórico adotado no presente trabalho⁷⁰¹; e (iii) observa, então, que essa discussão teórica a respeito da obrigação “em germe” sob condição não chega a ter consequência prática relevante, exatamente porque há previsão de direitos das partes na condição pendente, em particular, de realizar atos conservativos, agindo contra atos praticados em fraude de seus direitos⁷⁰².

A alteração do código francês, no que toca à condição pendente, foi significativa, como demonstra o artigo 1.304-5 da *Ordonnance n° 2016-131*⁷⁰³ em comparação com o artigo 1.180 ab-rogado^{704,705}. As consequências disso, ao menos em termos de literalidade dos dispositivos⁷⁰⁶, começam pelo alcance do novo dispositivo, uma vez que o ab-rogado artigo 1.1180 abrangia o instituto da condição como um todo e o agora vigente 1.304-5 cuida apenas da condição suspensiva – provavelmente em razão da percepção (limitada) de que na condição resolutiva já se possui o direito e seu exercício efetivo, quando o importante é observar que, em geral, nesses casos, o credor está no outro polo, especialmente ao se considerar que a condição resolutiva exerce, no mais das vezes, uma função de garantia. Destaque-se ainda que o atual artigo 1.304-5 é mais detalhista, observando que o devedor deve se abster de todo ato que impeça a boa execução da obrigação, ou seja, o advento ou

de quem, com o advento da condição, adquirirá para si o direito expectado (pense-se no credor de uma compra e venda com reserva de domínio).

⁷⁰¹“*Si le contrat sous condition suspensive est d’ores et déjà obligatoire, c’est parce qu’il est parfait du point de vue des conditions de validité. Les normes supra-contractuelles d’intangibilité, d’irrévocabilité et de bonne foi s’appliquent donc à lui. Peu importe à cet égard qu’il n’ait pas encore engendré d’obligation. En d’autres termes, il n’est nullement antinomique de dire, d’une part, que le contrat sous condition suspensive a d’ores et déjà force obligatoire et, d’autre part que, pendente conditione, les obligations ne sont pas encore nées. Avant la dissipation de l’incertitude, les parties sont d’ores et déjà cocontractantes, ce qui explique que le contrat doit être respecté, mais elles ne sont pas encore créancières et débitrices l’une de l’autre, ce qui explique qu’elles ne puissent pas encore se prévaloir de l’effet caractéristique du contrat.*” LATINA, Mathias. Rapport français – Le nouveau régime des obligations conditionnelles, *cit.*, p. 191. Latina aborda o tema do plano da eficácia, mas não chega à elaboração ponteano; todavia, afasta a ideia errônea de que a condição condiz com a existência da obrigação.

⁷⁰²*Id. Ibid.*, p. 192.

⁷⁰³RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Ordonnance n° 2016-131 du février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939/>. Acesso em: 03 out. 2021.

⁷⁰⁴“*Art. 1304-5. Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s’abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l’obligation; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits. Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s’est pas accomplie.*”

⁷⁰⁵“*Art. 1.1180. Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.*”

⁷⁰⁶Insista-se, então, na razão dessa análise não ser comparatista propriamente dita, uma vez que lhe falta o método do direito comparado, o que, para sua inserção com proveito, desfiguraria os objetivos centrais da análise da fase de pendência, a partir de uma crítica e de uma perspectiva nacionais, apenas recorrendo ao direito positivo estrangeiro como ponto de reforço para clarificar algumas críticas ao nosso Código Civil.

não da condição, bem assim, os atos conservatórios que possui o credor condicional podem ser exercidos contra atos praticados pelo devedor em fraude a seus direitos.

O Código Civil italiano, de seu turno, é bastante minucioso relativamente ao tema da *conditio pendet*, sistematizando a matéria sob os seguintes ângulos: (i) estabelecendo, no artigo 1.356, a possibilidade de exercício de atos conservativos, tanto para a pendência da condição suspensiva, quanto, com precisão técnica irreprochável, afirmando que o adquirente de um direito sob condição resolutiva, na pendência desta, pode exercitá-lo, mas a contraparte pode realizar atos conservativos de seu direito expectado⁷⁰⁷; (ii) na sequência, tratando dos atos de disposição na fase de pendência, estabelece que “quem tiver direito subordinado a condição suspensiva ou resolutiva pode dispor dele enquanto se aguarda; mas os efeitos de cada disposição estão sujeitos a mesma condição”⁷⁰⁸; (iii) por fim, estabelece a incidência da boa-fé das partes no período de pendência, dispondo que as partes devem se comportar segundo a boa-fé para conservar íntegras as razões da outra parte⁷⁰⁹. Sobre o ponto, Gianpaolo Chiesi, ao tratar do papel da boa-fé na fase de pendência, afirma que, além de um primeiro aspecto óbvio atinente à obrigação de não influenciar no curso da fase de pendência, há um segundo aspecto afim com o dever de diligência no comportamento para não prejudicar a substância e o valor do objeto material do negócio, nesse ponto, sob esse segundo perfil, lembra o autor que o exercício na fase de pendência deve ser de tal modo a não contrastar com o interesse do sujeito ativo *del rapporto di aspettativa* (já que não trabalha com o direito expectativo como categoria autônoma), donde, ainda, essa diligência se cumpre não apenas pela abstenção de uma conduta prejudicial ao objeto material, mas também pela exigência de uma conduta ativa destinada a evitar prejuízos decorrentes de causas externas, tais como deteriorações ou outras causas que reflitam em sua utilidade e valor⁷¹⁰.

⁷⁰⁷“Art. 1.356. In pendenza della condizione sospensiva l’acquirente di un diritto può compiere atti conservativi. L’acquirente di un diritto sotto condizione resolutive può, in pendenza di questa, esercitarlo, ma l’altro contraente può compiere atti conservativi.”

⁷⁰⁸“Art. 1.357. Chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o resolutive può disporne in pendenza di questa; ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione.”

⁷⁰⁹“Art. 1.358. Comportamento delle parti nello stato di pendenza. Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero la ha acquistato sotto condizione resolutive, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell’altra parte.”

⁷¹⁰CHIESI, Gianpaolo. *La buona fede in pendenza della condizione*, cit., p. 2. Em outra passagem o autor afirma que a funcionalização da boa-fé objetiva torna insuficiente apenas perspectivar referida cláusula geral como uma condicionante do exercício de uma posição de poder. A esse respeito, diz: “In questa diversa e più attuale prospettiva sono nate teorie che riconoscono nella buona fede, come costante di fondo, un’aspirazione generalizzata alla instaurazione di una garanzia di sostanziale rispetto della personalità dei soggetti. E si sono sviluppate tendenze che indicano la solidarietà quale principio cardine di cui la normativa di correttezza risulta una specificazione.” CHIESI, Gianpaolo. *La buona fede in pendenza della condizione*. Padova: CEDAM, 2006, p. 14. O que desemboca na especialização da boa-fé na fase de

Também Giuseppe Finazzi observa que a boa-fé contemplada no artigo 1358 é objetiva e, mais ainda, conducente a responsabilidade daquele que ainda exerce o direito na fase de pendência, não apenas em caso de culpa por perda ou deterioração do objeto, mas também para o caso de negligenciar o dever de agir com lealdade e correção, causando danos à outra parte⁷¹¹.

Concernente às implicações jurisprudenciais dessas previsões a propósito da boa-fé objetiva, ferindo o exato dispositivo que traz a previsão, o artigo 1.358, observa-se que o artigo 1.358 é tido como uma especificação daquele mais geral disposto no artigo 1.175, o dever geral de correção imputado como regra de comportamento ao devedor e ao credor simultaneamente⁷¹². A propósito, confira-se a *massima* do seguinte julgado:

É admissível a resolução por inadimplemento do contrato condicionado suspensivamente a uma *condictio juris* e ineficaz porque a condição não foi cumprida – no presente caso, a denegação de uma licença de importação para mercadorias, cuja necessidade era conhecida pelas partes – quando a parte tiver causado, por seu próprio ato, o não cumprimento da condição, tal conduta constituirá uma violação da obrigação de agir de boa-fé durante o prazo da condição a fim de preservar os interesses da outra parte. A violação dessa obrigação, que é uma especificação da obrigação mais geral imposta por lei às partes de comportar-se segundo o dever de correção na execução das obrigações, dá origem à responsabilidade contratual⁷¹³. (Tradução nossa.)

pendência e Chiesi explica, então, que parte de três índices afins, inclusive, com o acionamento da ficção em tema de condição (art. 1.359 do código italiano), o primeiro condizente com a diminuição (artificial) da quantidade de incerteza da condição; o segundo, com o prejuízo à integridade do bem objeto do contrato condicionado; o terceiro, o turbamento do equilíbrio do sinalagma contratual, quer dizer, a respeito desse último: “*Si considerino alcune esemplificazioni di ‘turbamento della situazione di pendenza’ fatte dalla dottrina: una azione frenante non diretta di per sé ad impedire l’evento ma a fare scattare il termine di verificaione per trincerarsi dietro la sua scadenza, il rifiuto di porre in essere comportamenti più adeguati rispetto a quelli già compiuti per la realizzazione dell’evento, la mancata o ritardata comunicazione dell’avveramento dell’evento (specie trattarsi di condizione potestativa); si tratta di comportamenti scorretti, commissivi o omissivi, in quanto sfruttano a danno della controparte l’elemento temporale, determinando rispetto alla situazione iniziale (conclusione del contratto condizionato) un ingiustificato aggravamento dell’aspettativa della controparte a veder realizzati i propri interessi.*” CHIESI, Gianpaolo. *La buona fede in pendenza della condizione*. Padova: CEDAM, 2006, p. 40. Enfim, a pletora de condutas, mais ou menos diretas, que podem interferir lesivamente no interesse da contraparte e representar um desequilíbrio no silagma do contrato, com um agravamento de uma expectativa que não se concretiza ou que tem retardada sua concretização por meios artificiosos em geral consistentes em conduta comissiva, ou por conduta omissiva em particular.

⁷¹¹FINAZZI, Giovanni. *La struttura e l’adimplemento: correttezza e buona fede*, cit., p. 1340.

⁷¹²“Art. 1175. Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.”

⁷¹³“E ammissibile la risoluzione per inadempimento del contratto condizionato sospensivamente ad una *condictio juris* e rimasto inefficace per il mancato avviamento della condizione – nella specie diniego di concessione di licenza d’importazione della merce, la cui necessità era nota ai contraenti – qualora la parte abbia determinato col fatto proprio il mancato avveramento della condizione stessa, realizando tale condotta una violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede in pendenza della condizione, al fine di mantenere integre le ragioni dell’altra parte. La violazione di detto obbligo, che costituisce una especificazione di quello più generale imposto dalla legge ai contraenti di comportarsi secondo correttezza nell’esecuzione delle obbligazioni, dà luogo a responsabilità contrattuale.” CASSAZIONE civile. Sez. III. sentenza n. 1204 del 4 aprile 1975. (1 *massima*) *Brocardi.it*. Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/5506.html>. Acesso em 04 jun. 2023. Também assim, entendendo o art.

Agrega-se ao ponto, ademais, as precisões dadas pelos artigos 1.361 e 2.852 do *Codice Civile*, cuidando, o primeiro⁷¹⁴ de estabelecer que o cumprimento da condição não afeta os atos administrativos realizados pela parte a quem cabia o exercício do direito na pendência da condição, estabelecendo também, em regra dispositiva, que os frutos são devidos apenas a partir do dia do cumprimento da condição. Já o segundo artigo, tratando da hipoteca, estabelece que o seu grau é aquele do registro, mesmo para crédito condicional e para créditos futuros que possam eventualmente nascer dependentes de uma relação já existente⁷¹⁵.

Notável, no Direito Italiano, o tratamento que a fase de pendência vem recebendo, muito por força dessa ideia de que a boa-fé ali encontra singularidades a serem espelhadas no seu regime jurídico e que, naturalmente, devem receber a devida consequência pelos tribunais.

2. No Direito Anglo-saxão

Avançando, oportuno agregar o estudo de Miguel de Azevedo Moura, comparativo da condição entre o direito português e o inglês. Aponta ele, primeiro, a polissemia da expressão condição que também grassa no contexto anglo-saxônico, maximizada, inclusive, por uma falta de contornos dogmáticos bem definidos a respeito da *condition*. De acordo com Moura, “A doutrina e jurisprudências inglesas, também denominadas por *authorities*, assumem abertamente a grande dificuldade terminológica vigente no ordenamento jurídico inglês quanto ao conceito de condição no contexto do *contract law*”⁷¹⁶. Ainda segundo

1.358 como um desdobramento do 1.175 do *Codice*: FINAZZI, Giovanni. *La struttura e l'adempimento: correttezza e buona fede*, cit., p. 1341.

⁷¹⁴“Art. 1.361. *Atti di amministrazione. L'avveramento della condizione non pregiudica la validità degli atti di amministrazione compiuti dalla parte a cui, in pendenza della condizione stessa spettava l'esercizio del diritto. Salvo diverse disposizioni di legge o diversa pattuizione, i frutti percepiti sono dovuti dal giorno in cui la condizione si è avverata.*”

⁷¹⁵“Art. 2.852. *Grado dell'ipoteca. L'ipoteca prende grado dal momento della sua iscrizione, anche se è iscritta per un credito condizionale. La stessa norma si applica per i crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente.*” Interpretando os requisitos do artigo e a necessária individuação do crédito, confira-se o trecho: “*Deve escludersi la possibilità di un'ipoteca per crediti meramente futuri che non hanno fondamento in un rapporto già essere, mentre deve ammettersi, a norma dell'art. 2852 cod. civ., la costituzione di hipoteca per crediti eventual, che possano nascere in dipendenza di un rapporto già esistente, a condizione che il titolo ne individui gli estremi. [...]*” CASSAZIONE CIVILE. Sez. III. Sentenza 18325 del 27 agosto 2014 (massima n. 2). Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/55451.html>. Acesso em: 17 nov. 2021. Tema atualmente contemplado no artigo 1.487, *caput*, do Código Civil de 2002: “A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.”

⁷¹⁶MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, cit. p. 225-226.

Moura, ela chegou a ser denominada de “palavra-camaleão”, pela sua multiplicidade semântica e, especialmente, pelo fato de que seu significado depende do contexto em que está inserido⁷¹⁷.

Ainda sobre a *Common Law*, na perspectiva do Direito Norte-Americano, lembra Lurdes Vargas que *condition* pode significar todo e qualquer tipo de cláusula ou estipulação de natureza contratual: “*term, provision* ou *clause*, especialmente se inserida na expressão ‘*terms and conditions*’, tão comum nos contratos”⁷¹⁸.

Nota-se que, na matriz da *common law*, não se encontra uma dogmática rígida, nem uma teorização sólida, unívoca, entre as *authorities* quanto ao objeto de estudo denominado condição, ao contrário, ocorrem a vaguidade do termo e a imprecisão no seu emprego⁷¹⁹.

Descendo a uma perspectiva semântica mais técnica, cumpre divisar que, no direito inglês, destaca-se, dentre as divisões e classificações (sempre de viés prático), aquela que parte da dualidade da *condition*, que pode significar o evento – *event* – ou a cláusula contratual – *term*. Assim, no primeiro caso tem-se a *contigent condition* e, no segundo, a *promissory condition*, como espécies do gênero dos *conditional agreements*⁷²⁰. Então, ainda no âmbito inglês, a condição promissória, equivalente à cláusula contratual prevendo aspectos importantes que podem estar sujeitos a inadimplência, nada tem a ver com a condição em sentido técnico, tal como usada no sistema da *civil law*, de evento futuro e incerto que condiciona efeitos típicos do contrato⁷²¹. A figura mais próxima da nossa condição em sentido técnico é aquela da *contingent condition*, da qual dependem os efeitos do contrato, e que se desdobra em duas espécies centrais, a saber: a *condition precedent* e a *condition subsequent*, cujo paralelismo com as condições suspensiva e resolutiva é evidente, tanto assim que, ressalvadas as diferenças conceituais mais evidentes, como aquela dos

⁷¹⁷MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.*, p. 226.

⁷¹⁸VARGAS, Lurdes. A condição nos direitos português e norte-americano: possibilidade e impossibilidade. *De Legibus. Revista de Direito*, n. 0, p. 141, 2020. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus/article/view/7438/4405>.

⁷¹⁹MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.*, p. 226.

⁷²⁰*Id. Ibid.*, p. 227.

⁷²¹“[...] O conceito de *promissory condition* compreende as cláusulas contratuais geradoras de obrigações (principais) para as partes contratantes, cuja não verificação – *rectius*: a inadimplência (*breach*) – resulta no direito da contraparte em poder fazer recorrer-se dos remédios característicos do direito dos contratos inglês. Por conseguinte, a condição deve ser adjetivada de ‘promissória’ quando a sua violação – conceito que, por questões de natureza jurídica, não se verifica nas condições contingentes – faz nascer na parte não faltosa a possibilidade (direito) de não cumprir a sua promessa (obrigação) e faz nascer um direito (de crédito) a ser indemnizada pelos danos sofridos em consequência de tal violação.” *Id. Ibid.*, p. 228-229.

planos do negócio jurídico (para nós tão importante), os exemplos e o paralelo correlacionam mesmo as figuras à condição suspensiva e resolutiva.

O exemplo-chave da *condition precedent* é o caso *Pym v. Campbell*, no qual uma das partes *Pym* acordou com a outra *Campbell* a venda de uma máquina por ele inventada, com a condição de ser precedentemente vistoriada e aprovada por dois engenheiros do comprador. Na data, o vendedor *Pym* não compareceu a tempo e modo e um dos engenheiros se retirou. Pouco depois, comparecendo ao local, encontrou um dos engenheiros que aprovou a máquina. A discussão girou em torno de saber se haveria um contrato válido entre as partes, compreendida a *condition precedent* como uma condição precedente à existência do próprio contrato de compra e venda⁷²². Concluiu-se, então, que tal contrato não existia e, portanto, não havia obrigação de pagar a parte contrária, uma vez que não havia de fato um contrato obrigando os envolvidos⁷²³. Interessante observar que, mesmo sem trabalhar com os denominados planos do negócio jurídico, a percepção de que o acordo só seria operativo com a condição cumprida é sonante, porém, para nós, a partir das premissas aqui adotadas, a visão é incompleta. Em nosso âmbito, não é possível dizer: “*the written agreement was not an agreement at all*”⁷²⁴. O Direito Anglo-Saxão trabalha, então, com uma ideia de eficácia que, sob certo sentido, confunde-se, impropriamente, com a existência do contrato. Assim mesmo, em termos práticos, parecem divisar bem o racional da operação individualizada, separando, pondo luz, sobre o elemento central que dispara a eficácia contratual, tornando o simples *agreement* um *operative agreement*⁷²⁵.

⁷²²MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.*, p. 233.

⁷²³*Id. Ibid.*, p. 233.

⁷²⁴A esse respeito, vale conferir também: “*Pym v. Campbell is a case that is most often cited in this regard in contract law. A document was drawn up and signed by all parties purporting to be a contract for the sale to the defendant of an interest in an invention. In a suit for the price, the defendant offered evidence to show that it was orally agreed that the document should not be an operative ‘agreement’ unless A, an engineer, should approve of the invention, that it was drawn up and signed in order that the parties should not have to meet again in case A should approve, and that A did not in fact approve. This evidence was held to be admissible in spite of the parol evidence rule. Erle, J., said: ‘the evidence showed that in fact there was never any agreement at all’; and also, ‘evidence to vary the terms of an agreement in writing is not admissible, but evidence to show that there is not an agreement at all is admissible.’” CORBIN, Arthur L. Conditional delivery of written contracts. *The Yale Law Journal*, v. 36, n. 4, p. 456, Feb., 1927. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/789635> Acesso em: 11 jun. 2023.*

⁷²⁵De qualquer sorte, no caso *Pym v. Campbell*, anota o comentador que, muito embora não se saiba ao certo a definição do tribunal para a palavra “*agreement*”, o certo é que ficou perfeitamente claro que os contratantes queriam observar, ainda que oralmente, que o contrato não seria vinculativo (*binding*), sem a aprovação da invenção pelos engenheiros, mais ainda, expressaram que, uma vez aprovada a invenção, o contrato seria vinculativo sem necessidade de qualquer outra expressão de oferta e aceitação, demonstrando a automaticidade da condição que depende apenas da ocorrência ou não do fato condicionante para disparar os efeitos típicos do contrato. Assim, sem embargo de uma falta de precisão do conceito de acordo, a percepção de que os efeitos só seriam assumidos pelas partes depois da aprovação da invenção, nos termos alinhavados, essa ficou muito clara. Veja-se: *Id. Ibid.*, p. 457.

Já o exemplo para a *condition subsequent* vem do caso *Head v. Tattersall*, em que as partes celebraram um contrato de compra e venda de um cavalo, com a condição de este ter sido usado em uma determinada caçada (fato passado). Vê-se que se coloca, portanto, em termos de direito continental, o problema de se considerar a figura em questão como condição em sentido próprio. No evoluir do caso, como narrado por Moura, constatou-se que o cavalo nunca tinha participado da caçada específica e, com isso, não se verificou a *condition*. Acontece que, nesse interregno, o cavalo sofreu dano, passando a discussão para a questão dos riscos, entendendo o tribunal que o risco correria por conta do proprietário original, uma vez que pela vicissitude da condição o cavalo foi readquirido por ele⁷²⁶.

Com base nos casos *Pym v. Campbell* e *Head v. Tattersall*, conclui-se que as condições suspensiva e resolutiva não são absolutamente iguais às *contingent conditions*, nas suas modalidades *precedent* e *subsequent*, bem ao contrário, há diferenças importantes para sublinhar: o primeiro caso, então, cuida daquilo que se aproxima de uma pressuposição e, mais ainda, na hipótese, a condição foi concebida como suspensiva da própria existência do contrato, o que não é possível para o Direito Brasileiro (art. 125, do Código Civil). Já no segundo caso, o problema concernia em ciência presente de um fato passado (a participação ou não do cavalo na tal caçada) o que, como bem observa Moura, aproxima-se do erro sobre os motivos do negócio⁷²⁷, que, encontra guarida no artigo 138 do Código Civil brasileiro.

Enfim, a *condition precedent* e *subsequent* não são sinônimos de condição em sentido próprio equivalente no sistema brasileiro, aliás, o que já se vislumbrou com base na doutrina de Martins-Costa, pois, exige-se uma análise funcional acerca do que o preenchimento da **condição** realiza, a partir do tipo de pretensão gerada: se aquela em que, exigíveis os efeitos típicos do negócio, o problema é de incumprimento e a condição é mais uma garantia do que condição em sentido próprio; ou, ao contrário, se a pretensão é apenas conservativa do direito a aperfeiçoar com a condição (direito expectado), presente a fase de pendência, e a figura é a condição em sentido próprio⁷²⁸.

⁷²⁶O próprio Miguel de Azevedo Moura reporta discordâncias sobre ser esse um caso efetivo de *condition subsequent*. Aponta: “Embora esse caso seja quase sempre citado como um dos exemplos paradigmáticos da condição subsequente, a verdade é que existem vozes minoritárias na doutrina que criticam a qualificação de condição subsequente, entendendo que a situação a decidir configura uma garantia (*warranty*), e um caso de violação da mesma.” MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.* p. 234.

⁷²⁷*Id.* *Ibid.*, p. 251-252.

⁷²⁸MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 97. Ver também: Cap. 2, 7, *supra*.

Interessante, ainda, pontuar outro modo de classificar as condições pela doutrina anglo-saxã entre condições expressas, implícitas e construtivas. De acordo com Moura, a questão não é só serem textuais ou não textuais (referente à dicotomia entre expressas e implícitas)⁷²⁹, o ponto mais curioso são as construtivas (*constructive conditions*), para as quais “ao interpretar o contrato, o tribunal retire uma condição que as partes deveriam ter colocado ou sempre que o tribunal entenda, por razões de justiça, que deva existir uma condição. Estas condições também são descritas por *conditions implied by law*”⁷³⁰.

Ainda a esse respeito, Vargas obtempera que as *constructive conditions* são um produto judicial próximo de uma função de integração do contrato, cuja justificativa descansa em “imperativos de justiça e equilíbrio do contrato e não por uma tentativa de reconstrução da intenção das partes”⁷³¹. A autora ainda afirma que uma *constructive condition* é bifronte, uma vez que assume “dupla categoria de dever e condição, perante um contraposto dever ou conjunto de deveres de prestar da contraparte contratual”⁷³². Aqui, a função interferente do tribunal é levada ao paroxismo, porquanto não se trata meramente de “corrigir” alguma cláusula, escoimando excessos. O ponto é mais crítico do que aparenta ser, pois o tribunal **cria** para além do que está no contrato, uma condição que **deveria** estar lá. Essa ideia é intrigante e, observando-se exclusivamente pelo paradigma do direito continental, reconduz a uma discricionariedade indesejável.

Difícil encontrar um paralelo para essa figura porque também não se trata simplesmente de um equivalente anglo-saxão para a teoria da pressuposição. Na

⁷²⁹Apenas lembre-se que o direito continental também admite a condição tácita que, em boa técnica não é equivalente *tout court* à condição implícita – muito embora, em língua portuguesa, tácito seja sinônimo de implícito –, porquanto há importante doutrina dividindo declaração tácita e declaração implícita; a primeira derivada de “*certos atos, atitudes ou comportamentos*”, a segunda, “*incluída na compreensão da declaração da qual se extrai, desta decorre lógica e juridicamente por força de uma relação necessária de consequência, ou dependência, ou coordenação, ou complementação.*” RÁO, Vicente. *Ato jurídico*, cit., p. 138-139. Ainda diferenciando tácito de implícito, inclusive com remissão direta a dispositivo de lei (no caso o Código Civil português), confira-se: “*A declaração negocial é tácita quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, ‘a’ revelam, referindo-se o ‘a’ à vontade (artigo 217º, n. 1, 2ª alternativa). Uma declaração tácita é, portanto, uma manifestação indirecta da vontade que se baseia num comportamento concludente do declarante.*” HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A parte geral do Código Civil português*, cit., p. 476. Também, apontando para os denominados *facta concludentia*: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, cit., 1974, v. 2, p. 134. Pois então, implícito decorre da interpretação do quanto consubstanciado na declaração preceptiva, tácito decorre da conjunção entre a declaração preceptiva e comportamento concludente do declarante. A condição implícita do direito anglo-saxão então não é propriamente uma condição tácita, há um papel bastante mais ativo dos tribunais nessa perquirição, não apenas olhando para o quanto consubstanciado na declaração de vontade, mas deduzindo o que deveria (*should*) ali constar.

⁷³⁰MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, cit. p. 237.

⁷³¹VARGAS, Lurdes. A condição nos direitos português e norte-americano: possibilidade e impossibilidade, cit., p. 144.

⁷³²*Id. Ibid.*, p. 144.

pressuposição, aquilo que se chama de **condição embrionária** conecta-se à ocorrência de circunstâncias passadas, presentes ou futuras, cujo convencimento da ocorrência no espírito dos contratantes é tão seguro que eles deixam de estipular a condição, logo, pode-se dizer que “chama-se pressuposição à circunstância ou situação pressuposta e ao próprio estado de espírito do pressuponente”⁷³³. Já na *constructive condition*, o que entra em jogo é uma avaliação na qual o tribunal volta os olhos, não para o que foi estipulado ou querido pelas partes, mas sobrepondo-se a elas, pondera a respeito do que deveria ali constar no interesse da justiça⁷³⁴.

Sob certo ângulo, as figuras **pressuposição** e *constructive condition* podem aproximar-se, especialmente se o foco estiver naquilo que as partes estabeleceram como fatos que seriam pré-requisitos para sua vinculação, como observou E. W. Patterson, ao afirmar que a expressão “*constructive condition*” é útil ao propósito de indicar *operative facts*, que a parte pode ter colocado como pré-requisitos ao seu dever legal de prestar e que não tenham sido textualmente excluídos pela linguagem do acordo⁷³⁵. Todavia, por outro lado, afastam-se, uma vez que a *constructive condition* vai além. Primeiro, porque o tribunal ultrapassa a mera exegese do texto e não enfatiza a intenção das partes, mas os mencionados imperativos de justiça e equilíbrio, podendo construir, então, uma condição não prevista pelas partes; e, segundo, porque a condicionalidade tratada pelo direito anglo-saxão não encontra a limitação da doutrina dos *accidentalium negotii*, como facilmente se constata; as condições podem muito bem referir-se à prestação principal ou a dever da parte, sem qualquer empeco.

⁷³³COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações, cit.*, p. 326.

⁷³⁴FERSON, Merton. Conditions in the law of contracts. *Vanderbilt Law Review*, v. 8, n. 3, p. 545, 1955. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol8/iss3/1>. Acesso em: 18 jun. 2023.

⁷³⁵PATTERSON, Edwin W. Constructive conditions in contracts. *Columbia Law Review*, v. 42, n. 6, p. 906, 1942. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1117159>. Acesso em: 18 jun. 2023. Ainda sobre o ponto, note-se que a “*constructive condition*” é uma figura enigmática, sem paralelo para o *civil lawyer* porque abarca pelo menos três perspectivas diferentes, extravasando completamente a condição em sentido próprio, como se usa no direito continental, a saber: (i) “*constructive conditions of exchange*”, baseada na mútua dependência da prestações, mais alinhada a uma ideia de correspectividade inerente a um contrato bilateral, já pela ótica do direito continental; (ii) “*constructive conditions of frustration*”, critério que estabelece as situações em que a impossibilidade de cumprimento ou a frustração de propósitos dispensa o promitente de cumprir sua contrapartida e; (iii) “*constructive conditions of co-operation*”, cooperação evidente entre os contratantes para o atingimento da finalidade legal e a proteção dos interesses da contraparte; um dos exemplos oferecidos seria o dever do segurado de não gerar deliberadamente o sinistro. Essas três espécies são as comumente designadas para a classe mais abrangente das *constructive conditions* e atendem a finalidades políticas, de usos e costumes ou justiça, sendo construídas pelos tribunais, em uma atividade bem mais além da mera exegese do texto contratual. *Id. Ibid.*, p. 907-944. Também tratando do ponto e demonstrando que o Direito Português, no caso tanto quanto o brasileiro, desconhece a construção pretoriana das cláusulas condicionais, veja-se em: MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.* p. 255.

Há, então, a figura da *concurrent condition* que equivale à bilateralidade das prestações simultâneas, em contratos sinalagmáticos, como esclarece – nas bases daquele sistema – Merton Ferson, ao explicar que, se por um lado, costuma-se dizer que as partes firmaram “um contrato” como uma única coisa, por outro, é preciso lembrar que cada parte é *obligor* de uma das obrigações e *obligee* de outra, logo, as denominadas condições concorrentes são as prestações mutuamente implicadas entre as partes, cada qual com uma obrigação independente contra si (embora não sejam autônomas)⁷³⁶.

Conforme a visão ali encarecida, na falta de qualquer condição inserida pelas partes, cada obrigação é exigível como se o contrato fosse unilateral. Ferson relata o caso *Nichols v. Raynbred*, em que o autor da ação prometeu entregar uma vaca para o réu, que prometeu pagar 50 xelins ao autor. O autor foi autorizado a cobrar os 50 xelins, muito embora não tivesse entregado a vaca. Enfim, a compreensão foi a de que o vendedor poderia processar pelo preço, e o comprador poderia processar pela não entrega da vaca, como lógica decorrente da existência de “duas obrigações” (o que é uma visão reducionista para o nosso paradigma que trabalha com a complexidade intraobrigacional e com a correspectividade das prestações, compondo uma única obrigação, com a possibilidade de acionar a exceção de contrato não cumprido). Para obviar essa situação, evitando uma injustiça visível, a corte entendeu que deveria enfatizar a ideia de troca – *exchange* – especialmente em casos para os quais o cumprimento pelas partes devesse ser concomitante; daí, o tribunal considerou que, nessas situações, para que o autor processe o réu há uma *concurrent condition*, devendo o interessado demonstrar, pelo menos, a tentativa de cumprir sua própria performance na obrigação⁷³⁷.

Sem embargo disso, o mais importante, a fase de pendência, embora não receba uma nomenclatura própria, observa deveres para preservar direitos dos contratantes e, nesse ponto, vale notar que a incidência da *good faith* é rica em exemplos para além de um comportamento que apenas formalmente observe deveres negativos de não interferência. Exige-se mais, conforme anota Moura, devendo a parte atuar em conformidade com a boa-fé para “criar um ambiente suscetível da verificação do facto condicionante”⁷³⁸, isso como consequência da condição.

⁷³⁶FERSON, Merton. Conditions in the law of contracts, *cit.*, p. 546.

⁷³⁷*Id. Ibid.*, p. 546.

⁷³⁸MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.*, p. 242.

Como primeiro exemplo, Moura destaca o caso *Mackay v. Dick*: na venda de uma escavadora de A para B, dentre outras condições, havia uma quem que se exigia que a máquina pudesse escavar uma dada quantidade de argila, em um hiato de tempo determinado, dentro dos terrenos do comprador. Porém, esse mesmo comprador criou impeditivos para que o teste fosse feito. Assim, o dever negativo de não impedir a realização da condição foi descumprido e o tribunal entendeu que o comprador estava obrigado a não impedir a ocorrência do fato condicionante⁷³⁹. Parece simples, no entanto, há outro exemplo: em uma compra e venda condicionada à emissão pela autoridade administrativa de uma licença para construir, o tribunal entendeu que a condição estava, “ela própria, sujeita a um *implied term* que obrigava o comprador a tomar algumas medidas razoáveis de forma a que pudesse obter a licença”⁷⁴⁰. A fase de pendência da condição e os deveres que dela derivam variam e observam o próprio programa contratual encetado pelas partes, o que demonstra a importância da condição na estrutura global do negócio.

Por fim, sobre o cumprimento fictício da condição, tema central para os casos em que o descumprimento dos deveres de cooperação e boa-fé são malbaratados, a questão não é tão simples quanto para os sistemas em que há previsão legal e passa por observar que a denominada *fictional fulfillment doctrine* não é da tradição da *common law*, inclusive porque a condição é colocada sob a perspectiva do efeito contratual causado pela sua verificação ou não verificação: se existe quebra dos deveres contratuais ou não, com as consequências em termos de responsabilização⁷⁴¹. Ou seja, a questão não é tornar a obrigação pura e simples como se a condição tivesse ocorrido ou, ao contrário, tornar a obrigação ineficaz, como se a condição não tivesse ocorrido. Trata-se de saber se, para a verificação ou não verificação, concorreu uma conduta imputável ao agente, cujas responsabilidades se darão no plano do ressarcimento⁷⁴².

Sobre os efeitos da verificação da condição serem retroativos (*ex tunc*) ou prospectivos (*ex nunc*), em rigor, não há o estabelecimento de uma regra apriorística, tudo dependendo do caso concreto, sendo que a matéria é de ampla disponibilidade pelas partes. No ponto, tenha-se, no direito inglês, que a matéria está ligada à interpretação contratual propriamente dita e não a uma diretriz prévia⁷⁴³.

⁷³⁹MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês, *cit.*, p. 239.

⁷⁴⁰*Id. Ibid.*, p. 241.

⁷⁴¹*Id. Ibid.*, p. 251.

⁷⁴²*Id. Ibid.*, p. 244.

⁷⁴³*Id. Ibid.*, p. 245. Nesse mesmo sentido: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Position paper on conditions. *UNIDROIT*, Study L – Doc. 103, p. 23, May 2007. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/documents/2007/study50/s-50-103-e.pdf>.

Ultrapassando a mera descrição, o que seria de todo pouco servível ao presente contexto, são possíveis algumas conclusões, na esteira do que se vem observando até o presente – as múltiplas funções que pode assumir a condição, seu caráter utilíssimo para posicionar os interesses dos contratantes dentro do programa contratual, sua inegável vocação de elemento seletor de motivos relevantes e, por via disso, seu papel de elemento influenciador na matriz de riscos do negócio: (i) a condição no Direito Anglo-Saxão é aderente de modo muito claro ao programa contratual entabulado pelas partes, como pré-requisito para que haja a vinculação e a possibilidade de exigência da *promise* e sem a limitação do fato ser futuro, bastando que seja subjetivamente futuro⁷⁴⁴, paradigma, como se vê, completamente diferente do Direito Brasileiro; (ii) não encontra, por isso mesmo, limitação que apontando ser apenas possível condicionar elementos externos ao negócio, muito pelo contrário, a própria prestação pode ser fato condicionante; (iii) ademais, ela é uma forma de o tribunal capturar a intenção das partes, ou ainda, transcendê-la em proveito de uma ideia de *fairness* obrigacional, dentro da lógica relacional regente dos contratos; (iv) todavia, para uma análise mais acurada, veja-se que, exatamente por isso, deve haver um cuidado adicional pelo observador que parte do paradigma do direito continental porque, na *common law*, a condição tem contornos mais difusos, quer dizer, não é tão gizada a diferença entre o plano da pendência da condição e o do regime geral do cumprimento/descumprimento obrigacional; tanto isso é verdade que, conforme afirma comparatista consultado para o presente trabalho, há definições tradicionais que não levam essa distinção em conta⁷⁴⁵; (v) mesmo assim, o uso da figura é corrente e sua funcionalidade não se constata prejudicados, muito embora, por vezes, a *condition* afaste-se da condição em sentido próprio e assumindo o papel de *warranty* (garantia) ou de uma obrigação acessória em sentido largo, que exerce, no programa contratual, a função de pré-requisito para a exigência da contraprestação, mas que, exatamente por isso, atua já no plano do cumprimento do contrato, de seus efeitos, não no plano de uma fase de pendência como se conhece no Direito Civil continental; e (vi) a figura da *constructive condition* não é condição em sentido próprio, trata-se de uma noção sem paralelo no direito continental e que autoriza

⁷⁴⁴VARGAS, Lurdes. A condição nos direitos português e norte-americano: possibilidade e impossibilidade, *cit.*, p. 146.

⁷⁴⁵Destacando a doutrina norte-americana, Lurdes Vargas afirma que as definições traçam a condição como fato operativo, do qual dependem o nascimento ou a extinção de deveres, sendo que esses fatos podem ser também ato de uma das partes ou de terceiro, inclusive, uma prestação. VARGAS, Lurdes. A condição nos direitos português e norte-americano: possibilidade e impossibilidade, *cit.*, p. 141.

o tribunal a decidir livremente por equidade, transformando a relação encetada, para fazer existir uma condicionante onde não existia originalmente⁷⁴⁶.

Daí, porque não se pode confundir *condition* com condição em sentido próprio, uma vez que seu alcance é mais amplo e seu contorno dogmático, menos definido. Talvez, exatamente por isso, seja mais polivalente do que a correlata figura do *civil law*.

3 No âmbito do UNIDROIT – *Institut international pour la unification du droit privé*

No âmbito dos Princípios UNIDROIT sobre contratos comerciais internacionais é válido observar o tratamento dispensado para a interferência nas condições e o dever de resguardar direitos, denotando uma aplicação particular das regras gerais de boa-fé e lealdade negocial, especialmente da vedação do comportamento contraditório, espelhando uma aplicação prática da ideia de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza⁷⁴⁷.

Primeiro, o artigo 5.3.3 traz um enfoque bem preciso sobre a interferência na condição. Veja-se, tal como consta na redação do UNIDROIT:

ARTIGO 5.3.3

(Interferência nas condições)

- (1) Se o implemento de uma condição for obstado por uma parte, de modo contrário aos deveres de boa-fé ou de cooperação, essa parte não poderá valer-se do não implemento da condição.
- (2) Se o implemento de uma condição for provocado por uma parte, de modo contrário aos deveres de boa-fé ou de cooperação, essa parte não poderá valer-se do implemento da condição.

⁷⁴⁶Da perspectiva brasileira, recurso à equidade no processo, tanto estatal quanto arbitral, é excepcional. Nessa senda, o artigo 140, parágrafo único, do CPC é claro: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. No âmbito da arbitragem, a equidade, para ser utilizada, deve constar como opção expressa, a critério das partes, veja-se o artigo 2º, *caput*, da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996: “Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. Equidade, em arbitragem, que não elimina a aplicação da lei, todavia, possibilita o afastamento de sua aplicação, quando, a critério do tribunal arbitral, seja conducente a uma solução injusta. WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (Coords.). *Lei de Arbitragem comentada: Lei nº 9.307/1996*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 72.

⁷⁴⁷“Este artículo sobre la intromisión en el cumplimiento de la condición es una aplicación particular de reglas generales en materia de buena fe y lealtad negocial (véase el Artículo 1.7), de comportamiento contradictorio (véase el Artículo 1.8) y de la cooperación entre las partes (véase el Artículo 5.1.3). Este artículo no obliga a una parte a emplear todos los esfuerzos razonables para que se cumpla la condición. Se limita a afirmar que una parte que impide el cumplimiento de la condición en violación de los deberes de buena fe y lealtad negocial y cooperación, no puede invocar la falta de cumplimiento de la misma. Por otro lado, si una parte provoca el cumplimiento de la condición violando los deberes de buena fe y lealtad negocial y cooperación, dicha parte no puede invocar el cumplimiento de la condición.” UNIDROIT. *Principios UNIDROIT. Sobre los contratos comerciales internacionales 2016*. Roma: UNIDROIT, 2018. p. 194. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf> Acesso em: 17 nov. 2021.

Já o artigo 5.3.4 enfatiza a boa-fé no período de pendência e o dever de resguardo dos direitos da contraparte⁷⁴⁸. Veja-se:

ARTIGO 5.3.4

(Dever de resguardar direitos)

Enquanto pendente o implemento de uma condição, uma parte não pode, de modo contrário à boa-fé, agir de forma a prejudicar os direitos da outra parte, no caso de implemento da condição.

Embora ausente a expressão **medidas de conservação**, evidente que, se há um dever de resguardo e conformidade à boa-fé, há um direito de ver resguardado que pode ser manejado em processo judicial ou arbitral. Um dos exemplos práticos para a aplicação do dispositivo é a operação de M&A (*mergers and acquisitions*), uma compra e venda de participação acionária, entre o vendedor “A” e o comprador “B”, na qual fica estabelecido que a operação somente se aperfeiçoará se, para a data de *closing*, forem cumpridas determinadas condições, incluindo a que prevê que “B” tenha obtido o financiamento bancário necessário. Assim, “A” está obrigado a limitar sua atividade à gestão dos negócios ordinários; por outro lado, “B” contrai uma obrigação de confidencialidade em relação às informações obtidas em razão do negócio⁷⁴⁹.

Ainda vale destacar as observações de Bénédicte Fauvarque-Cosson sobre um papel específico da boa-fé na fase de pendência, especialmente nos artigos 5.3.3 e 5.3.4. De acordo com a autora, em primeiro lugar, a regra sobre a censura à interferência indevida nas condições é uma aplicação específica dos princípios mais gerais da boa-fé e da negociação justa, contidos no artigo 1.7, inclusive no que diz respeito à vedação de “comportamento inconsistente”, contida no artigo 1.8, e a cooperação entre as partes, contida no artigo 5.1.3, ainda assim, a regra não é clara acerca das consequências. Fauvarque-Cosson afirma que o resultado de uma interferência indevida pode assumir várias formas e que, além disso, na lei

⁷⁴⁸Nos comentários da edição em língua espanhola, exemplifica-se o quanto consta do dispositivo: “*En efecto, una persona que tiene interés en el cumplimiento de la condición tiene un derecho condicional que merece protección (especialmente en el caso de la condición suspensiva). Durante el período anterior al cumplimiento de la condición, las acciones de una parte pueden menoscabar la situación de la otra parte. Este artículo tiene su fundamento en la idea que, por lo general, es mejor prevenir tales acciones que remediar sus efectos. Este artículo también es importante para recordar a las partes que tengan este aspecto en cuenta, previendo expresamente aquellas medidas que puede tomar la persona interesada en el cumplimiento de una condición con la finalidad de proteger sus derechos. En la práctica comercial, las partes pueden redactar una cláusula específica (en ocasiones conocida como ‘covenant of ordinary course of business’) que se aplica entre la fecha de la firma y la fecha de cierre, y que apunta a limitar los derechos de las partes de disponer de los bienes solamente a las operaciones que pertenezcan al curso normal de los negocios.*” UNIDROIT. *Principios UNIDROIT*. Sobre los contratos comerciales internacionales 2016, *cit.*, p. 195-196.

⁷⁴⁹*Id. Ibid.*, p. 196.

inglesa, a interferência normalmente seria tratada como uma violação de um *implied term*, conduzindo a uma quebra contratual, mas sem o cumprimento fictício da condição⁷⁵⁰.

Esse último ponto é interessante de ser suscitado, não propriamente no que concerne às condições, mas à interpretação em geral no âmbito do UNIDROIT, trata-se – símile ao direito da *common law* – dos denominados *implied terms*, como lembra Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, ao enfatizar os Princípios UNIDROIT, “em que a colmatação de lacunas é expressamente disciplinada, não há menção dos usos e costumes como critério de suplemento, e sim como fonte do conteúdo contratual”⁷⁵¹, assim, o usos e costumes constam como *implied obligations*, pelas quais, quem contrata o faz com adstrição aos aspectos culturais, situando o contrato não apenas pelas estipulações ali constantes, mas também com base nos usos e costumes da praça em que firmado, ou nos usos e costumes internacionais porventura incidentes. O dispositivo tem a seguinte redação:

ARTIGO 5.1.1

(Obrigações expressas e implícitas)

As obrigações contratuais das partes podem ser expressas ou implícitas.

ARTIGO 5.1.2

(Obrigações implícitas)

As obrigações implícitas derivam:

- (a) da natureza e finalidade do contrato;
- (b) das práticas estabelecidas entre as partes e dos usos e costumes;
- (c) da boa-fé e lealdade negocial;
- (d) da razoabilidade.

Não custa lembrar que esses dispositivos, no âmbito dos Princípios UNIDROIT, encontram-se no Capítulo 5 – Conteúdo, Direito de Terceiros e Condições, sendo certo que as obrigações implícitas encontram campo fértil na fase de pendência da condição, tanto quanto o dever de cooperação entre as partes (previsto no artigo 5.1.3). A fase de pendência incita uma relação mais duradoura, sublinhando uma relação entre as partes que não devem interferir na causalidade do fato condicionante e devem cooperar entre si para a realização da materialidade dos interesses contratados sob condição, o que, até certo ponto, parece óbvio. Isso porque a finalidade do contrato sob condição (art. 5.1.2. a) é protrair certos efeitos típicos do contrato, seja como forma de alocação de risco, seja como forma de indução de comportamentos das partes, com o que o ambiente de boa-fé se exige em alto

⁷⁵⁰FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. The new provisions on conditions in the UNIDROIT Principles 2010. *Uniform Law Review*, 1. 16, n. 3, p. 537-548, Aug. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ulr/16.3.537>.

⁷⁵¹NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 519.

grau, inclusive a propósito da troca de informações sobre o fato condicionante e seu advento ou não. Inclusive, essa previsão legal da finalidade do negócio enquanto pauta e das práticas estabelecidas como usos e costumes encontra, atualmente, guarida legal no sistema jurídico pátrio, a partir da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019 (intitulada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), sobretudo com a inclusão de um parágrafo primeiro ao artigo 113 do Código Civil.

Já a prática estabelecida entre as partes e os usos e costumes (art. 5.1.2. *b*) fortalecem um ambiente de previsibilidade, seja porque o comportamento cria regra, seja porque os usos e costumes também possuem valor interpretativo em situações de ambiguidade, por sua força normativa subsidiária. No entanto, sempre deve-se pesquisar se os traços da reiteração social e da convicção de obrigatoriedade estão presentes, a fim de diferenciar o mero uso do uso normativo⁷⁵².

Em relação à boa-fé e lealdade negocial (art. 5.1.2. *c*) e à razoabilidade (art. 5.1.3. *d*), há evidente relevo do comportamento que observa o dever de correção e, especificamente, no que tange à razoabilidade, há um campo aberto, segundo parece, para a aplicação de um raciocínio equitativo em determinadas situações. Naturalmente, o que é razoável⁷⁵³ apenas é possível de se afirmar à luz do contexto, mas aqui novamente, os usos comerciais podem ajudar nessa fixação. Essa redação mostra, afinal, a busca por cláusulas gerais que permitam ir a fundo nas razões econômicas das partes e na operação enquanto tal. O mecanismo legal, como posto, é evidentemente aberto para o concreto jogo de interesses das partes.

Isso abre, inclusive, um campo largo para a discussão acerca dos termos implícitos, pois, estabelecer sua presença no jogo contratual em um caso concreto, pressupõe indagar o que era razoável exigir em termos de comportamento dos contratantes.

Nesse exato ponto, Giovana Cunha Comiran observa que o artigo 5.1.2 deve ser lido em conjunto com o art. 1.9 (Usos, costumes e práticas)⁷⁵⁴, estabelecendo a ligação entre os termos implícitos e os usos e costumes, cuja importância, no âmbito do UNIDROIT, é bastante encarecida, contando, todavia, com um limitador consistente na aferição da razoabilidade do resultado a que conduz. Nessa linha, vale observar o que diz Comiran:

⁷⁵²Problematizando a questão dos “meros usos” e admitindo a existência de usos supletivos: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: Conceito. Fontes. Formação*. 7. ed. rev. e atual. por Maria Helena Brito, Jorge Morais Carvalho e Assunção Cristas. Coimbra: Almedina, 2022. p. 70-71.

⁷⁵³Sobre a razoabilidade, no âmbito do direito brasileiro: FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil*. 2008. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 165 e ss.

⁷⁵⁴COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação do tipo à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 223.

As referências aos usos contidas no sistema do UNIDROIT são mais compreensivas que as contidas nas CISG. No seu principal dispositivo, o art. 1.9, os requisitos de aplicabilidade se repetem, com exceção da ideia de usos razoavelmente aplicáveis, neles constante de forma expressa. Ou seja, os usos descritos no art. 1.9 dos Princípios do UNIDROIT igualmente se aplicam por presunção. Serão excepcionados, no entanto, se as partes assim o quiserem, ou se sua aplicação não for considerada razoável.

Assim, os termos dos Princípios do UNIDROIT, poderão ser considerados usos, aqueles que tenham (i) observância geral ou difundida regularidade em determinado tipo de conduta entre um grupo específico de pessoas e (ii) linha de conduta observada com certa regularidade e durante certo tempo. Ainda, e dentro dessa qualificação, as pessoas que estabelecem os usos deverão ser homens de negócio, mercadores, ou, mais especificamente, pessoas engajadas no comércio internacional. O tempo requerido para a prática ser considerada como uso pode ser relativamente curto, assim bem refletindo a necessidade de mudança no comércio internacional. Mas como há no texto uma abertura para que se apliquem às partes mesmo que não os conheçam, o postulado da ‘razoabilidade’ seria a contrabalança dessa sua aplicabilidade⁷⁵⁵.

Enfim, os usos, costumes e práticas conectam-se aos termos implícitos pelo seu elemento consuetudinário, sua reiteração, o que faz lícito pressupor estar implícito o elemento naquela contratação.

Retomando o artigo 5.3.4, mais do que a mera inércia dos deveres negativos, há um dever de resguardar direitos da contraparte, enquanto dura a pendência, o que pode se materializar, inclusive ativamente, com deveres positivos, à semelhança do que se verificou em outras passagens reportadas, sobretudo quando se tratou das doutrinas portuguesa⁷⁵⁶ e italiana⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação do tipo à interpretação e integração dos contratos*, cit., p. 222-223.

⁷⁵⁶Retoma-se a mencionada doutrina portuguesa, que afirma que os vetores centrais na fase de pendência são: (i) tutela da confiança; (ii) primazia da materialidade subjacente. A primeira, afirmando que as partes não podem agir contrariamente ao que iria em princípio acontecer, seja pelas suas próprias opções contratuais, seja pela ordem natural das coisas. A segunda, afirmando que a conduta da parte não deve apenas ser formalmente correspondente ao contrato, mas deve, ativamente, buscar os resultados cooperativos pretendidos, enfim, não pode a condição transformar-se “num jogo formal de proposições”. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 653. A primazia da materialidade subjacente deriva de uma visão não formalista das convenções jurídicas, mas de uma efetiva vocação da ciência do direito para a solução de problemas práticos. Assim, não basta seguir formalmente uma regra, a que se fazê-lo de modo a atender aos fins colimados pela mesma. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1.254. Mencionando a materialidade subjacente no âmbito da doutrina brasileira: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, cit., p. 344-346.

⁷⁵⁷Retomando o tratamento italiano da questão, veja-se a ideia contida no artigo 1.358 daquele Código Civil de que as partes devem comportar-se segundo a boa-fé para conservar íntegras as razões da outra parte. Nesse ponto, Giovanni Finazzi, especificamente interpretando o referido dispositivo, observa que a boa-fé impõe que a abstenção de atos prejudiciais, quando necessária, assumam também uma feição positiva. O autor traz um exemplo interessante: um banco recebe a cessão de determinado crédito em garantia, resulta então que deve agir na fase de pendência, exatamente de modo a preservar as razões da outra parte (o cedente), quer dizer, seus interesses econômicos. Assim, após a cessão, o cedido entrou em processo de concordata preventiva e entendeu-se que, durante a pendência da condição resolutiva, o banco cessionário deveria ter tomado as medidas necessárias para preservar o crédito que recebeu como garantia, sendo responsável pela

Conclusão geral extraível desse brevíssimo cotejo do capítulo: essa ideia de proteção da materialidade dos interesses da contraparte na fase de pendência, tão fecunda, é praticamente ignorada no direito nacional e não foi tratada, pelo menos diretamente, pelo nosso Código Civil. Apesar da prudência dos elaboradores do Anteprojeto do Código Civil, em não inovar de modo açodado em modelos típicos consagrados e testados pelo tempo, esse instituto poderia ter sido mais extensamente tratado com significativa utilidade prática, como, aliás, já se denota da visão algo reducionista que se tem a respeito do artigo 129 do Código Civil, em que se exige a malícia afastando a culpa grave e a própria incidência da boa-fé objetiva como regra de comportamento, exatamente ao contrário do que, por exemplo, predica o direito português ao afirmar no artigo 275º, 2, do Código Civil que, “[...] 2. Se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa-fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada.”

O mesmo raciocínio, nos parece, contém o supracitado artigo 5.3.3 dos Princípios UNIDROIT, ao afirmar claramente que, se o implemento de uma condição for provocado pela parte, contrariando os deveres de boa-fé e cooperação, ela não pode se valer dos correlatos efeitos. Tudo a apontar, como já se vem sublinhando ao longo do trabalho, que as relações na fase de pendência ainda demandam, no ambiente jurídico brasileiro, maior aprofundamento e mais coerência com a pauta de valores inerentes ao próprio Código Civil de 2002. E, muito cuidado, se a boa-fé, principalmente na faceta objetiva, foi hipertrofiada no discurso dos advogados e dos tribunais, com um uso muitas vezes fora da boa técnica, excessivo mesmo – em especial em casos que a solução poderia se dar com o simples recurso à letra da lei –, isso não pode gerar um movimento inverso de diminuição de importância dessa figura central do direito pós-moderno⁷⁵⁸.

omissão negligente que deu causa. FINAZZI, Giovanni. *La struttura e l'adimplemento: correttezza e buona fede*, cit., p. 1344. Ainda, sobre o ponto, também enfatizando a presença de deveres positivos na fase de pendência: TATARANO, Giovanni; ROMANO, Carmine. *Condizione e modus*, cit., p. 103.

⁷⁵⁸“A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é contrato de boa-fé.” NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 213. Não se pode olvidar, portanto, do que a doutrina denomina de função de integração intrassistemática da cláusula de boa-fé objetiva, o que faz com que a cláusula geral comunique-se com outras disposições do Código Civil, a permitir, utilmente, que o artigo 129 receba a influência da cláusula geral de boa-fé do artigo 113 do mesmo diploma. Sobre a integração intrassistemática da boa-fé: MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, v. 35, n. 139, p. 11, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

A boa-fé objetiva não é uma chave mestra que abre qualquer porta, não é um atalho argumentativo para o operador preguiçoso que quer se livrar do ônus de fundamentar suas posições. Mas também não é uma figura inútil ou rebarbativa, pelo contrário, tem muito valor quando bem utilizada, como no caso de seu específico papel na fase de pendência das condições em que ambas as partes estão como que unidas pela incerteza do fato condicionante e pelo dever de manter íntegras as razões da parte contrária, na feliz expressão do artigo 1.358 do Código Civil italiano.

TERCEIRA PARTE

A CONDIÇÃO – DIMENSÃO OPERATIVA

CAPÍTULO V. O LUGAR DA CONDIÇÃO NA ATUAL PRÁTICA CONTRATUAL

Este capítulo visa apresentar a dimensão operativa dos conceitos traçados na primeira etapa do trabalho. O arcabouço conceitual é posto em movimento, para surpreender o fenômeno condicional desde uma perspectiva funcional na estrutura do negócio jurídico e seu papel (ou seu potencial para) no cotidiano dos negócios.

As ideias e conceitos eventualmente retomados aqui têm o propósito de dar coerência ao desenvolvimento do trabalho, considerando as premissas, sem a intenção de repetir o que já foi dito. Logicamente, haverá alguma redundância, contudo, estritamente como retomada de raciocínios versados, que necessitam de ser frisados e desenvolvidos para a coerência do texto. Está no plano funcional o derradeiro teste das teorias elaboradas pela dogmática que servem para resolver problemas.

A essencialização da condição e as consequências dentro do programa contratual específico merecem melhor análise, inclusive, por seu possível impacto na base objetiva do negócio jurídico e seu papel de **índice** para a interpretação do contrato, à luz da racionalidade externada pelo artigo 112 do Código Civil. Todas essas questões serão tratadas, ademais de um aventado enquadramento da fase de pendência sob uma perspectiva relacional que, obviamente, deverá ter sua coerência testada enquanto tal.

1 A essencialização da condição-cláusula e seu efeito prático

O ponto inicial desta nova etapa é a retomada da afirmação de que a condição adquire perfis mais claros quando se abandona a tradicional concepção voluntarista e subjetiva do negócio jurídico em abono de um enfoque predominantemente objetivo e preceptivista⁷⁵⁹,

⁷⁵⁹DIEZ-PICAZO, Luis. El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de 'conditio pendens', *cit.*, p. 130. Observando que o negócio jurídico, além da interferência na vida jurídica, conatural aos fatos jurídicos em sentido largo, contém preceito que "a ordem jurídica valoriza segundo o seu soberano critério de apreciação e traduz em relação jurídica, com as restrições e modificações que considera oportunas." MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*, *cit.*, p. 33.

pois, aí se divisam os aspectos mais concretos e a posição da condição desde **dentro** da estrutura do negócio enquanto ente (a vontade, enquanto agir enunciativo, tendo ficado para trás na linha do tempo), sempre cabendo retomar que a definição do instituto condição, como lembra Philippe Derouin, se dá pelas consequências, trata-se de um instituto cuja projeção funcional permite a melhor visualização de sua unidade⁷⁶⁰. Isso sem falar na tendência, desde há tempos ganhando corpo, de fortalecer a perspectiva funcional na análise do contrato, encarecendo a operatividade dos modelos jurídicos⁷⁶¹.

Tentando discernir o ponto chave para esse início de discussão, desde uma afirmada perspectiva operacional, é oportuno frisar que o motivo, a causa do contrato e a base objetiva do negócio devem sempre ser analisados nas suas conexões entre si e não de forma isolada, sob pena de se fatiar o objeto examinado e de perder a dimensão do todo. Esse conjunto de três elementos, então, é conectado pela condição-cláusula que compõe a dimensão objetiva da declaração, do ato de enunciação que foi o contrato. O motivo (*rectius*: interesse) de um ou de ambos os contratantes (geralmente de um deles), confrontado com a incerteza acerca da ocorrência ou não de um fato relevante para sua completa satisfação, supera o risco do fato em si, mas não a ponto de ele fazer contratação pura e simples. A oportunidade incentiva o negócio, mas não completamente todos os seus efeitos típicos. O agente não quer deixar de fazer o negócio, mas de fato, somente haverá interesse plenamente satisfeito se preenchida a determinada condição estipulada na cláusula contratual. Exatamente por essa estipulação, o motivo, antes pessoal e irrelevante, passa a integrar a causa concreta do negócio, porque fica demonstrada a finalidade do negócio individuado. A realidade subjacente ao tempo da contratação, inclusive no que diz respeito à incerteza da condição, integra-se à base objetiva do negócio jurídico.

São três níveis, arriscamos dizer, que o interesse percorre, deixando o absolutamente subjetivo e irrelevante, passando para a estrutura do negócio e, por fim, dialogando com as circunstâncias externas desse negócio ao tempo em que realizado, atingindo assim um nível de institucionalidade coerente com a tendência de objetivação⁷⁶² do negócio jurídico, permitindo ao juiz interferir de forma justificada na relação, por força de um desequilíbrio

⁷⁶⁰DEROUIN, Phillippe. Pour une analyse 'fonctionnelle' de la condition, *cit.*, p. 4.

⁷⁶¹BULGARELLI, Waldírio. Diretrizes gerais dos contratos empresariais. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 19.

⁷⁶²Tendência que, se por um lado, resultou em uma erosão da vontade, no sentido psicológico, por outro lado, não atingiu a autonomia privada, na sua essencialidade. Ver: ROPPO, Enzo. *O contrato, cit.*, p. 311.

genético ou superveniente⁷⁶³. Vai do individual, passa pelo contratual e atinge o patamar institucional.

Aliás, quando se fala em **essencialização** da condição, esse já era um caminho natural, que ocorreria de qualquer maneira, a começar pelo reconhecimento da doutrina de que os denominados elementos acidentais do negócio jurídico, só o eram, em abstrato, enquanto esquema explicativo da estrutura geral do instituto negócio jurídico.

No negócio concretamente considerado, as cláusulas típicas condição, termo e encargo, são subjetivamente essenciais porque enfeixam interesses que os figurantes quiseram deixar claro no preceito, na regra desse mesmo negócio e, muito provavelmente, sem esse detalhamento específico, o negócio não lhes seria (para um ou para ambos) interessante.

A isso somam-se, sem dúvida, a retomada do negócio jurídico enquanto polo metodológico e a crescente força dos negócios de tipo misto e dos negócios atípicos como forma de contratação em negócios empresariais, em geral. Essas formas de contratação são efetuadas em detalhes⁷⁶⁴, com alto nível de aderência do contrato às nuances fáticas e aos interesses dos envolvidos (muitas das vezes, envolvendo também uma gama de contratos coligados). Daí haver uma propensão, senão para a atipicidade pura – bastante rara de acontecer –, pelo menos para a modificação de tipos, exatamente por conta do reclamo de adaptabilidade às circunstâncias especialíssimas e aos inúmeros fatores a serem considerados, envolvendo terceiros (outras empresas do grupo) e, inclusive, o interesse público (no caso de informações ao mercado e questões ligadas ao atendimento da Lei Antitruste)⁷⁶⁵. Sendo assim, o *contractual design*, significando uma contratação mais sofisticada, com a utilização de diversas cláusulas fora do comum, ou então, agregando

⁷⁶³ “[...] A ‘base objetiva do negócio jurídico’, decorre de uma ‘tensão’ ou ‘polaridade’ entre os aspectos voluntaristas do contrato – aspecto subjetivo – e o seu meio econômico – aspecto institucional – o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptabilidade do contrato à realidade subjacente.” SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Orgs.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 91.

⁷⁶⁴ Sem embargo, é preciso alertar que o nível de detalhamento não espelha, necessariamente, a maior sofisticação. Em parte, o maior detalhamento nos contratos pode ser atribuído ao efeito de uma “americanização” dos contratos, com a utilização de cláusulas rotineiras, repetidas em vários contratos (*boilerplate*). Essa prolixidade, especialmente entre os norte-americanos, muitas vezes, “deve-se à assimetria de informação entre advogados e clientes; os advogados se esforçam para fazer”. PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 239, jan./abr. 2016.

⁷⁶⁵ Vide, mais precisamente, o artigo 88, da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estabelece que serão submetidos ao CADE, pelas partes envolvidas na operação, os atos de concentração econômica a partir de determinadas faixas de faturamento bruto anual de um dos grupos econômicos envolvidos.

diversas obrigações acessórias em um mesmo contrato e uma alta especialização dos atores envolvidos, trazendo esse clausulado mais analítico dos elementos econômicos em jogo, reforça a ideia de que a aposição das cláusulas de termo, condição e encargo é uma exponenciação da autonomia privada e, dentro da estrutura do programa contratual em que essas cláusulas são lançadas, elas são essenciais⁷⁶⁶.

Ainda a esse respeito, vale retomar a ideia de causa concreta, pela qual se obtém, por outro caminho, a importância daqueles motivos inseridos no negócio jurídico, sem embargo da discussão encetada a propósito da distinção entre causa e motivo, que fica em segundo plano com o motivo introjetado no negócio pela condição-cláusula. Como afirma João de Oliveira Geraldes, em relação ao tema da causa, apenas seria aceita a condição, caso ela não fosse incompatível com a causa ou a função abstrata do tipo contratual puro, que não poderia “ser alterada por virtude da acção reguladora da condição”⁷⁶⁷.

No entanto, uma vez enfraquecendo a ideia de causa como função abstrata do tipo contratual, até por pressão do princípio da liberdade contratual de índole constitucional, essa limitação perde sua importância. Até porque, os tipos podem ser modificados, sem que haja nada de ilegal nisso, especialmente no campo dos contratos paritários, no atual momento brasileiro, muito reforçado pelo artigo 421-A do Código Civil e pela noção de livre alocação de riscos, bem como pela possibilidade de que as partes estabeleçam regras para a interpretação do contrato.

Ademais, já tendo trabalhado a ideia de causa concreta anteriormente, aqui basta repetir a premissa adotada: a causa, não como função econômico-social, mas como função econômico-individual e, mais ainda, o potencial da condição para gerar uma “mutação relevante”⁷⁶⁸, interferindo na qualificação jurídica do contrato e, decerto, na sua causa

⁷⁶⁶Sobre a nomenclatura **design** contratual, oportunas as observações de que ela deriva das inovações em tecnologia que sobrelevam o aspecto funcional. Assim, o design é a forma que colabora com a funcionalidade do produto, no caso, um contrato. Ou seja, “[...] a ideia do design como a busca em moldar a estrutura do instrumento contratual com os olhos postos no seu aspecto funcional, visando a atender aos objetivos e necessidades de parte a parte”. BUTRUCÉ, Vitor Augusto José. *O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado*, cit. p. 81. Essa exponenciação do cuidado na forma de enunciar, a serviço das escolhas econômicas das partes, demonstra a objetivação do negócio jurídico, a real valorização do seu *corpus* como manifestação da intenção das partes, bem como da polifuncionalidade de diversos institutos tradicionais de direito civil que podem licitamente, dentro dessa lógica, assumir outras funções que não são as originais.

⁷⁶⁷GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, cit., p. 182.

⁷⁶⁸*Id. Ibid.*, p. 202.

concreta, inclusive, por força do papel requalificador desta, referido com base em Luciano de Camargo Penteado⁷⁶⁹.

As consequências extraíveis desse modo de encarar a questão são a afirmação da polifuncionalidade do instituto da condição, sua essencialidade concreta e, sobretudo, um ponto bastante importante, referido por Geraldles, com apoio em Sérgio Maiorca, que será manejado para fins de defender uma visão, hoje minoritária, que revisita a ideia limitadora de exterioridade da condição, a saber, aquela de que a condição-cláusula, enquanto regra contida no preceito, funciona como metanorma⁷⁷⁰.

Isso significa que, desde a estrutura do negócio e do papel que a condição-cláusula exerce, importa destacar, não o evento condicionante (condição-fato), mas a forma como é deduzido no contrato pela condição-cláusula⁷⁷¹. Significa, mais ainda, que o negócio condicional deve ser focado como uma proposição hipotética, portanto, revelando uma “norma de regulação da temporalidade” de outras regras contratuais. Como resultado, a alteração da execução do negócio não altera sua estrutura, nem sua fisionomia⁷⁷². De acordo com Maiorca, o ponto reside em observar que a natureza hipotética própria do caractere condicional do negócio não corresponde à natureza da proposição normativa do negócio em si⁷⁷³, ora, como visto em outras passagens, a incerteza é dos efeitos, não do negócio, que já está completamente formado independentemente do advento ou não da condição. Daí, por consequência lógica, para entender o mecanismo condicional, em sua completude e funcionalidade, é preciso separar mentalmente o preceito do condicionamento do preceito. Esse condicionamento é a resultante de uma cláusula de tipo específico, também ela um

⁷⁶⁹“Há uma série de decisões em que a causa requalifica o contrato, atribuindo-lhe seu real sentido, nem sempre o mesmo detectado pelas partes ou desejado por sujeitos a elas distantes, mas interessados na qualificação. Em matéria tributária, por exemplo, há sérias discussões a respeito da incidência do ISS [imposto sobre serviços] sobre contratos de locação de coisas móveis. Em recente julgado a respeito de locação de guindastes, decidiu o STF no sentido da não incidência em vista da inexistência de serviço prestado pelo locador, apenas incidentalmente, para aquele caso, pois em geral o STF entende o contrato tributável. Ele não colocava à disposição do locatário pessoas para operar os guindastes, mas apenas emprestava as máquinas mediante remuneração para tanto especificada. A causa era típica da locação de coisas, sem qualquer ato prestacional humano. A decisão prevaleceu mesmo sobre a lei municipal de Santos, que determinava claramente a incidência do imposto nesta circunstância. Neste caso, mais uma vez, a causa concreta, determinava a qualificação e o regime jurídico, até mesmo para além do direito civil”. PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros, *cit.*, p. 260.

⁷⁷⁰GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 180.

⁷⁷¹MAIORCA, Sergio. Condicionamento. In: DIGESTO dele discipline privatistiche. Sezione Civile. III. Ristampa. Torino, 1988. p. 274.

⁷⁷²GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 180, nota 514.

⁷⁷³MAIORCA, Sergio. Condicionamento, *cit.*, p. 275.

preceito, uma regra, que, em termos de análise proposicional, implica um fenômeno de metalinguagem porque estabelece um sobre nível, referindo-se ao objeto que é o preceito em si, sem o condicionamento⁷⁷⁴.

Existe uma norma preceptiva típica de um contrato de compra e venda, todavia, há uma condição-cláusula tomando por objeto esse mesmo preceito para prostrar seus efeitos principais, os quais ficam, por exemplo, na dependência da obtenção de um financiamento bancário, ou, outro exemplo, na dependência da aprovação de um ato administrativo que possibilite a exploração comercial do imóvel.

Assim, nada impede, até porque não está escrito em nenhum lugar, que uma cláusula contratual refira-se a outra cláusula, estabelecendo-lhe limites ou uma forma específica de execução; enfim, tomando-a por objeto (metalinguagem). Isso não é incomum, inclusive, atualmente o direito brasileiro prevê, de maneira legal, a possibilidade (que já existia nas dobras do princípio de liberdade instrumentalizado pela autonomia privada) de que “as partes podem pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”, como consta do §2º, do artigo 113, do Código Civil, resultando na possibilidade de criação de metanorma cujo objeto será aquele de outras normas contratuais.

Em uma sociedade cada vez mais avessa a riscos, a controlabilidade dos efeitos e da interpretação de cláusulas contratuais por outras cláusulas contratuais parece ser uma opção viável para as partes resguardarem seus interesses e, como visto, fazerem cálculos econômicos que consideram a própria forma de enunciar contratualmente os tais interesses, uma vez que a forma é uma com o conteúdo, também ela reveladora de uma intenção.

Assistiremos, pois, a uma essencialização de cláusulas antes tidas por acessórias, inclusive por conta da pressão cada vez maior de fatores exógenos que incidem sobre a decisão das partes em fazer ou não o negócio⁷⁷⁵.

Desse modo, o contrato espelha essas vicissitudes nas suas cláusulas: a condição, a primeira delas, que, pela criação de estímulos, molda-se perfeitamente à racionalidade dos

⁷⁷⁴“[...] b) *Regola negoziale e condizionamento della regola. Un primo risultato di questa constatazione è il fatto che per comprendere il meccanismo condizionale occorre scindere mentalmente la regola (qui come regola negoziale, non sottoposta a condizione) dal condizionamento della regola. E poiché tale condizionamento altro non è che il protato di una clausola negoziale, sia pure di particolare tipo (v. supra e infra), anch'esso costituisce una regola, sia pure di tipo particolare. In termini di analisi proposizionale, prende evidenza, allora, un fenomeno di 'metalinguaggio', cui attiene appunto la regola condizionante, come sistema di 'controllo' relativo ad un 'linguaggio oggetto', cui attiene la regola condizionata, che costituisce l'argomento su cui porta semanticamente il primo.*” MAIORCA, Sergio. *Condizione*, cit., p. 275.

⁷⁷⁵GERALDES, João de Oliveira. Sobre o poder de renunciar unilateralmente a condições suspensivas, cit., p. 301.

agentes econômicos – em um exemplo simples, às vezes, mais vale condicionar a premiação de um bônus a uma determinada performance, do que punir o agente pela performance abaixo de determinado padrão. O juízo hipotético⁷⁷⁶, ligado ao preceito do negócio, pode funcionar, além de uma forma de alocação de risco, como uma forma de incentivo.

2 Condição e sua utilização atípica: o problema da exterioridade condicional

Para tratar da utilização atípica da condição, é necessário abordar o dogma da exterioridade do elemento condicional na estrutura do negócio jurídico. Esse é um ponto pouquíssimo observado na literatura nacional e que, na literatura estrangeira, sobretudo a italiana e a portuguesa, vem sendo revisitado de maneira frequente.

Antes, vale se debruçar sobre as observações de Maria Indolfi, das quais se podem extrair questionamentos bastante importantes. A autora traz um panorama apoiado na doutrina de Falzea, todavia, observa a tendência crítica a respeito da abstrata configuração do dispositivo condicional na estrutura do tipo e, em contrapartida, a tendência de reconstrução do *congegno condizionale*, a partir de bases voltadas para a adaptabilidade do conteúdo contratual (típico), de forma a atribuir relevância jurídica a interesses extrínsecos, integrando-os ao perfil do tipo, visando a motivações subjetivas, compondo-as ao perfil funcional do negócio em si mesmo considerado⁷⁷⁷.

Interessante notar que, mesmo encarecendo a acidentalidade e a exterioridade condicional, em referência ao tipo abstrato do negócio (logo, trabalhando com a ideia de causa função-econômica), Indolfi não nega a essencialidade da condição, quando vista a partir de um contrato específico, o contrato concreto⁷⁷⁸.

Daí, é surpreendente que a autora defenda as múltiplas possibilidades que oferece o instituto da condição. Com foco no viés do regulamento emanado da declaração de vontade, Indolfi afirma que:

O núcleo do contrato, nessa lógica, é o preceito da autonomia privada, ou seja, o arranjo escolhido pelas partes contratantes; desse preceito, o dispositivo condicional é parte integrante, “qualificando e conferindo um caráter particular ao arranjo de interesses que prescreve.”

Na mesma direção de revisão da função do mecanismo condicional, que permeia o regulamento do contrato, ao atribuir proeminência a interesses outros, diversos

⁷⁷⁶BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). Valencia: Tirant lo Blanch, 1991. p. 21.

⁷⁷⁷INDOLFI, Maria. La condizione secondo la teoria della fattispecie. La concezione di Angelo Falzea. I successivi sviluppi, *cit.*, p. 14.

⁷⁷⁸*Id. Ibid.*, p. 15.

daqueles interesses negociais típicos, conduz também à reinterpretação em termos de função individual e concreta da causa do negócio jurídico, cujo estudo se emancipa daqueles relativos ao tipo negocial.

[...]

O dispositivo condicional, de fato, [em uma lógica que distingue a norma contratual do “ato pelo qual as partes criam a norma para si mesmas”] torna-se um instrumento capaz de personalizar o conteúdo do contrato e de adaptar a regulação da relação entre os contratantes às necessidades do caso concreto.

A “multifuncionalidade” do dispositivo condicional, instrumento polimorfo de modulação subjetiva da regulação contratual, suporta a diversificação das modalidades da própria condição e, conseqüentemente, a admissibilidade de diferentes tipos de condições, desde a potestativa até a unilateral e a de inadimplemento contratual, na atuação de uma multiplicidade de interesses⁷⁷⁹. (Tradução nossa.)

Indolfi somente chegou a essa conclusão, porque relativizou bastante esses atributos da acidentalidade e exterioridade, para enfocar a causa concreta e estabelecer um elo de ligação com a releitura que se tem feito do mecanismo condicional, como ela mesmo declara, a partir da função regulatória que o negócio jurídico espelha, como vontade de resultado.

Desdobrando as ideias, é oportuno insistir na fecunda noção de metalinguagem em que se insere a condição-cláusula, como referida à estrutura do negócio, estabelecendo uma normativa própria acerca dos efeitos: uma normativa sobre a própria eficácia do preceito já alinhado no negócio condicionado. Isso é perfeitamente possível, dentro dos limites da autonomia privada, não havendo qualquer proibição legal a esse propósito. Pelo contrário, enfatizado o aspecto regulamentar do negócio jurídico como norma **inter partes**, em vez de seu aspecto estrutural baseado na divisão de seus elementos, é bastante evidente que podem as partes estabelecerem as regras do negócio e também o momento de eficácia de parcela destas, como natural exponenciação do poder de dar normas a si mesmo. É o que Pontes de Miranda qualifica como determinação inexa⁷⁸⁰. É importante retomar a ideia em certa

⁷⁷⁹“Il nucleo centrale del contratto, in tale logica, è il precetto dell'autonomia privata, ovvero l'assetto prescelto dai contraenti; di tale precetto il congegno condizionale è parte integrante, 'qualificando e imprimendo un particolare carattere all'assetto di interessi che esso prescrive.' Nella stessa direzione di revisione della funzione del meccanismo condizionale, che permea il regolamento del contratto attribuendo rilievo a interessi diversi da quelli negoziali tipici, porta anche la rilettura in termini di funzione individuale e concreta della causa del negozio giuridico, il cui studio è emancipato da quelli concernenti il tipo negoziale. (...) Il congegno condizionale, in fatti, [in una logica che distingue la norma contrattuale dal'atto con il quale le parti creano la norma per esse medesime'] assurge a strumento atto a personalizzare il contenuto del contratto e ad adattare il regolamento del rapporto fra contraenti alle esigenze del caso concreto. La 'multifunzionalità' del congegno condizionale, strumento polimorfo di modulazione soggettiva del regolamento contrattuale, è a sostegno della diversificazione delle modalità della condizione stessa e, conseqüentemente, dell'ammissibilità delle diverse tipologie di condizione, da quella potestativa, a quella unilaterale, a quella di inadempimento contrattuale, in attuazione di una molteplicità d'interessi.” INDOLFI, Maria. La condizione secondo la teoria della fattispecie. La concezione di Angelo Falzea. I successivi sviluppi, *cit.*, p. 16-17.

⁷⁸⁰Remissão ao subitem 1 “Estrutura e distinções da condição”, do capítulo II, do presente trabalho. Miranda define o conceito de determinações inexas como aquelas que, dentro da estrutura do negócio jurídico, definem

perspectiva, para frisar, em primeiro lugar, a relação íntima entre a liberdade e as determinações inexas que atingem o negócio jurídico. Mais ainda, adequado destacar também, já com achegas ao combate dos dogmas da acessoriedade e da exterioridade condicional, a percepção agudíssima de que se estabelece uma vinculação íntima entre a condição e a vontade (que expressa um interesse) – não há acessoriedade entre o ato jurídico exprimido e a condição ou termo; a decomposição não é possível, senão para análise, tanto quanto um julgamento hipotético não se decompõe em julgamento principal e julgamento acessório: as duas possibilidades do juízo hipotético são indecomponíveis, senão não existe juízo hipotético⁷⁸¹.

No mesmo sentido, Francisco Blasco Gascó afirma, com razão, que a condição interfere desde o momento programático, e que a incindibilidade da vontade, em que inserida a condição, demonstra a centralidade do mecanismo de condicional⁷⁸².

A incindibilidade da vontade mostra que não existe uma vontade pura e uma condicional, autolimitando a primeira, ambas acopladas; existe apenas uma vontade unívoca. Como diz Blasco Gascó, o negócio jurídico condicional não é a resultante da adição de uma cláusula condicional em um negócio puro⁷⁸³. Desde a gênese, na sua conformação programática, o negócio já é querido com o juízo hipotético do preceito, o que deveria colocar sob forte dúvida a ideia de acidentalidade e, a reboque, a ideia de limitação da cláusula condicional apenas a interesses externos ao “interesse típico”.

De igual maneira, a noção de um **contraprograma**, em sentido inverso ao programa típico da hipótese legal, parece perder completamente a relevância. O contrato, situado, nada mais é do que a projeção da vontade e, ali, nada há de externo ao querer condicionar. A importância desse cuidado, na seleção dos interesses e na diagramação do contrato, para quem assim o quis é evidente.

Indo além, resgata-se o debate encetado por Geraldês, quando o autor estabelece diálogo crítico com a doutrina brasileira que tratou diretamente da matéria – foram especialmente referidos pelo autor português: Fernanda Mynarski Martins-Costa⁷⁸⁴ e

o limite de eficácia, desde dentro, porque explica que “não se ligam a eles, não se lhes anexam; são, por isso, ditas determinações inexas. O nexos é interno, e não externo”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 93.

⁷⁸¹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 5, p. 99.

⁷⁸²BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales), cit., p. 21-22.

⁷⁸³*Id. Ibid.*, p. 23.

⁷⁸⁴Vale notar que Martins-Costa aceita a utilização atípica da condição, inclusive, mencionando a possibilidade legal a que alude o artigo 425, do Código Civil brasileiro. No entanto, a autora repele a alteração da função típica essencial do negócio e o condicionamento que interfira em pressupostos de existência do negócio.

Guilherme de Mello Franco Faoro⁷⁸⁵, ambos posicionando-se pela exterioridade da condição, como limite à aposição de fatos condicionantes, por exemplo: o pagamento do preço, então, não poderia ser alçado ao patamar de condição suspensiva do negócio jurídico.

A desconstrução levada a efeito por Geraldês, para nós fundamental, parte do seguinte ponto: ele não funde, pelo contrário, separa, os elementos essenciais do negócio jurídico (*essentialia negotii*) dos requisitos de validade do mesmo⁷⁸⁶. Essa é uma questão central, detalhamento analítico já tomado como premissa⁷⁸⁷, de que há elementos essenciais gerais, vinculados à validade do negócio e elementos essenciais de cada tipo em particular, os quais servem para distinção do tipo de figuras próximas. É oportuno retomar as divisões efetuadas por Antonio Junqueira de Azevedo e Manuel A. Domingues de Andrade, que distinguem muito bem o que é geral para todos os negócios, o que é próprio de uma dada categoria de negócios e o que é particular a determinado negócio em si.

Para Azevedo, essa distinção se dá pela divisão entre (i) elementos gerais, comuns a todos os negócios; (ii) elementos categoriais, próprios de cada tipo negocial; e (iii) elementos particulares, existentes em um negócio determinado e não comum a todos⁷⁸⁸. Detalhe importantíssimo: o autor subdivide os elementos gerais em elementos intrínsecos e extrínsecos. De acordo com Azevedo,

Os **elementos gerais**, sintetizando o que foi dito neste parágrafo até aqui, são, pois, aqueles sem os quais nenhum negócio existe. Podem ser: a) **intrínsecos** (ou constitutivos): forma, objeto e circunstâncias negociais; e b) **extrínsecos** (ou pressupostos): agente, lugar e tempo do negócio.

Sem os citados elementos gerais, qualquer negócio torna-se impensável. Basta a falta de um deles para inexistir o negócio jurídico. Aliás, precisando ainda mais: se faltarem os elementos tempo ou lugar, não há sequer fato jurídico; sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico; e, finalmente, sem circunstâncias negociais, forma ou objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico. A falta de qualquer um desses elementos acarreta, pois, a inexistência do negócio, seja como negócio, seja até mesmo como ato ou fato jurídico; nesse sentido, são eles elementos **necessários** e se nos ativermos ao negócio jurídico como categoria geral, são também **suficientes**⁷⁸⁹. (Destques no original.)

MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 47 e ss.

⁷⁸⁵Reverberando a posição de Fernanda Mynarski Martins-Costa, Faoro afirma que a função típica da condição é a de alterar o deslocamento temporal da exigibilidade de parte dos efeitos do negócio, todavia, sem lhe alterar a função central. Mesmo assim, ressalva a possibilidade de aposição de condições atípicas. Logo, parece que sua negativa não é peremptória. FAORO, Guilherme de Mello Franco. A condição suspensiva e o tempo: problemas de merecimento de tutela. *Revista de Direito Privado*, n. 103, p. 35 e ss., jan./fev. 2020.

⁷⁸⁶GERALDES, João de Oliveira. Sobre o poder de renunciar unilateralmente a condições suspensivas, *cit.*, p. 310.

⁷⁸⁷Remissão ao subitem 2 “Elementos acidentais na estrutura negocial”, do capítulo I, do presente trabalho.

⁷⁸⁸JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, cit.*, p. 34.

⁷⁸⁹*Id. Ibid.*, p. 34-35.

Em acréscimo, para Andrade, essa distinção se dá pela observação de que, em um primeiro sentido, os elementos essenciais dos negócios jurídicos são, na verdade, “requisitos gerais necessários para a validade de qualquer destes negócios”⁷⁹⁰, enfim, capacidade de partes, declaração de vontade sem vícios e objeto possível. Noutra sentido, os elementos essenciais de cada tipo negocial previsto representam “as notas específicas do conceito de cada uma dessas particulares figuras de negócios jurídicos”⁷⁹¹. Em suma, os elementos distinguem um determinado tipo daqueles outros que lhe são próximos, a exemplo do comodato e da locação, em que o preço é decisivo para separar as duas figuras; o mesmo para distinguir a doação da compra e venda.

A insistência na estrutura do negócio jurídico e suas unidades componentes decorre do fato de que a essa distinção sucede a consequência prática de combater, de modo muito eficaz, as afirmações de que não se pode condicionar os “elementos constitutivos do negócio”⁷⁹² e que, em tais situações “a autonomia privada está impedida de operar, já que inexistindo fato jurídico, razão não existiria para se manter o regime condicional”⁷⁹³. Em suma, os elementos essenciais de cada tipo negocial não interferem na sua validade, muito menos, na existência do fato jurídico, que é restrito aos elementos gerais. Então, é perfeitamente possível que esses elementos específicos sejam objeto de condicionalidade voluntária, sem interferência na validade ou na existência do negócio⁷⁹⁴, pois, sob a rubrica elementos constitutivos (o que já é uma tautologia porque tudo constitui o negócio, mesmo os elementos acidentais), existem elementos gerais e elementos específicos, para os segundos, não havendo empecilho nenhum para o condicionamento.

Daí, outro ponto central aventado por Geraldês, refere-se à crítica da causa abstrata como função econômico-social, em abono da causa concreta⁷⁹⁵. Disso resulta, portanto, a possibilidade já defendida de um tipo condicionado específico, além da proeminência da causa concreta. A causa abstrata tem limites evidentes, serve para validar a concordância *in limine* do contrato com os bons costumes e princípios vigentes. Porém, não é útil para a avaliação mais penetrante do conteúdo do contrato e dos interesses ali espelhados. A pressão

⁷⁹⁰ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, cit., 1974, v. 2, p. 34.

⁷⁹¹*Id. Ibid.*, p. 34.

⁷⁹²MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 51.

⁷⁹³*Id. Ibid.*, p. 51.

⁷⁹⁴GERALDES, João de Oliveira. Sobre o poder de renunciar unilateralmente a condições suspensivas, cit., p. 312.

⁷⁹⁵*Id. Ibid.*, p. 317. Outra obra desse mesmo autor, enfatizando esse modo de ver: GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, cit., p. 198 e ss.

das novas necessidades de especialização dos contratos e da minudência na alocação de riscos e custos, somada à complexidade dos novos modelos de contratação, torna a análise baseada somente no tipo abstrato um caminho bastante inseguro para a correta interpretação contratual, o que apenas se soma à tendência de exponenciação do exercício da liberdade contratual, em razão dos fatores exógenos que influenciam a vontade das partes no momento da contratação.

Aqui, vale trazer o exemplo da remissão à causa concreta (finalidade econômica pretendida pelos agentes econômicos daquele situado contrato), de nossa experiência jurisprudencial, conjugando a análise da causa abstrata (função econômico-social) do tipo com a causa concreta (finalidade econômica pretendida pelos agentes econômicos daquele situado contrato). Essa ideia é importante: não se trata de proscreever a causa abstrata, mas de compreender que assim como na interpretação da lei, a literalidade do texto é o ponto de partida, não de chegada, a função econômico-social do tipo representa uma primeira camada para a análise do exegeta, porém, para uma aderência verdadeira aos interesses econômicos em jogo, a causa concreta é central, inclusive para a perfeita preservação da intenção das partes consubstanciada na declaração volitiva.

Nesse passo, tome-se um julgado do TJSP, que cuidava de um contrato preliminar, preparatório de uma operação de *franchising*. O cerne da controvérsia envolveu as obrigações de prospecção e determinação do ponto comercial, como obrigação de resultado da promitente-franqueadora. Tal como o foram no desate do caso, os pontos centrais a serem destacados são: (i) um contrato preliminar de franquia, contendo todos os elementos do contrato principal (art. 462, do Código Civil), tinha a obrigação de prospecção e determinação de ponto comercial como condição para a assinatura do contrato definitivo; (ii) essa obrigação foi interpretada como de resultado da promitente-franqueadora, porque a causa concreta do contrato preliminar (finalidade buscada pelas partes) é a efetivação do contrato definitivo; (iii) a demora de dois anos para o cumprimento da obrigação de determinar o ponto comercial ocasionou a inutilidade da prestação para a promissária-franqueada, implicando inadimplemento absoluto, lembrando que o conceito de

adimplemento, que não é naturalístico⁷⁹⁶, mas atribuído juridicamente, guarda correlação com o grau de coincidência das prestações com o programa contratual⁷⁹⁷.

A questão central no enquadramento da controvérsia, e que nos serve aqui também, foi a observação de que não havia apenas a obrigação de concluir o contrato definitivo (causa abstrata, função econômico-social de todo contrato preliminar); havia mais: as obrigações de fazer consistentes no auxílio estratégico do estabelecimento do ponto comercial e de fornecer o *know-how* já para a fase de implantação do negócio e a ministração de cursos para

⁷⁹⁶Naturalmente, ligado ao conceito de prestação que guarda conexão, hoje, com os critérios de finalidade e utilidade. São, como reconhece a melhor doutrina, *topoi* que circunscrevem o conceito. MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*, *cit.*, p. 58 e ss.

⁷⁹⁷Ação de resolução contratual – Contrato preliminar – Franchising – Cláusula penal – Indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais. I – O contrato preliminar de franquia deve atender aos requisitos da Lei n 8.955/94 e conter os elementos essenciais do contrato definitivo, como a cessão onerosa da marca, do know-how, da assistência comercial, do acesso à rede de distribuição e propaganda. Ademais, o franqueador deve prover assistência técnica, comercial e jurídica ao franqueado, auxiliando tanto na abertura do ponto de venda quanto durante a execução das atividades comerciais, sem descaracterizar a independência empresarial do franqueado. *In casu*, o contrato preliminar contém todos os elementos essenciais, combinando obrigações de eficácia imediata e de eficácia pendente. II – O contrato preliminar de franquia tem por objeto a concretização do definitivo. Se o adimplemento das obrigações do contrato preliminar for condição da obrigação de conclusão do contrato definitivo, tem-se que o inadimplemento de tais obrigações acarreta a resolução do contrato preliminar por conta de inadimplemento absoluto. III – A obrigação de prospecção e determinação de ponto comercial é, no caso concreto, condição para a conclusão do contrato definitivo. Ela assume natureza de obrigação de resultado para a promitente franqueadora por meio da interpretação do negócio jurídico à luz da sua causa concreta (finalidade buscada pelas partes) e da sua causa de atribuição patrimonial (correspondência sinalagmática). A finalidade é a efetiva realização do contrato definitivo. Por sua vez, o investimento exigido no contrato preliminar e o pagamento suplementar demandado durante a sua execução para a contratação de profissionais do ramo acarretam em contrapartida a eficácia da obrigação de resultado. IV – A engenharia contratual do franchising deve seguir a lógica da operação econômica. O contrato preliminar de franquia empresarial deve ter como características a provisoriedade e a celeridade na execução das obrigações. A mora de 2 (dois) anos para o cumprimento da obrigação de determinar o ponto comercial acarreta o seu inadimplemento pela inutilidade da prestação para a promissária-franqueada. V – A franqueadora tem obrigação de conselho e de estratégica comercial, podendo ser responsabilizada pelo prejuízo causado ao franqueado. Tal obrigação se estende desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual. A má engenharia contratual que acarreta prejuízo injusto à promissária-franqueada consiste em inadimplemento dessa obrigação. VI – O contrato preliminar de franquia empresarial tem a função de regular as relações obrigacionais durante a fase do investimento inicial na operação econômica, aplicando multas e restituições, de modo a assegurar a conclusão do contrato definitivo. Tal função deve ser aplicada de acordo com os princípios que estabeleçam a perda total de quantia cobrada no contrato preliminar, mas destinada a investimentos pertinentes ao contrato definitivo. VII – O inadimplemento absoluto do contrato preliminar acarreta a restituição das quantias pagas, inclusive das suplementares, na proporção do investimento realizado. Na espécie, as duas ex-sócias investiram em partes iguais, de modo que a restituição deve ser de 50% do valor total da obrigação. VIII – A cláusula penal devida *in abstracto* é parcialmente inválida, porquanto equivalente a cinco vezes o valor da obrigação. Redução ao valor da obrigação (art. 412 do CC), sendo devido o montante de 50% dessa quantia à autora. Nova redução da aplicação da cláusula penal *in concreto*, pois manifestamente excessiva diante das circunstâncias e empecilhos que levaram ao inadimplemento (art. 413 c/c art. 944 do CC). Aplicação de 66% do valor da cláusula *in casu*. IX – Responsabilidade pré-contratual: inadmissível a indenização suplementar por danos materiais, uma vez que não foram provados perdas e danos e lucros cessantes, nem tampouco o abuso da promitente-franqueadora quando das negociações. X – Incabível a indenização por danos morais, pois se trata de mero dissabor dentro das expectativas da atividade comercial. Em geral, o inadimplemento contratual não acarreta danos morais. Precedentes do STJ. Apelações parcialmente providas.” TJSP, Apel. Cível n. 9109500-04.2007.8.26.0000, 22ª, Câm. Dir. Privado, rel. Des. Andrade Marques, j. 13.12.2012.

a promissária-franqueada e sua equipe (causa concreta, finalidade buscada pelas partes). A esse respeito, foi decisivo interpretar que, como já existia valores pagos que não diziam respeito ao contrato preliminar, mas à operação de *franchising*, que já se presumia implantada, a obrigação com relação à prospecção do ponto comercial e ao aconselhamento na fase de implantação era, pela promitente-franqueadora, obrigação de resultado.

Aqui, o voto condutor fez uma penetrante análise do programa contratual encetado pelas partes, partindo da causa concreta e da causa de atribuição patrimonial, para dizer que, nesse ponto, a interpretação deve se dar com base na finalidade buscada pelas partes e, sabidamente, a promissária-franqueada já tinha pagado – lembrando que estava na posição de aderente – para obter um conhecimento, com cursos e capacitação, que nada lhe serviria sem a conclusão do contrato principal.

Concluindo, a função econômico-social do contrato preliminar foi enriquecida com a finalidade daquele específico negócio, o que influenciou no desfecho da causa, com a devolução dos valores pagos. Soma-se a isso o fato de que as obrigações do contrato preliminar constarem como condições suspensivas da efetivação do contrato principal qualificava a obrigação de resultado, o que se dá por força da automaticidade da condição. Se o fato condicionante, a prospecção do ponto comercial, não aconteceu, os valores pagos já a título de contrapartida pelo contrato definitivo ficaram sem causa, portanto, como se verificou no raciocínio alvitado no voto, perdeu-se a causa de atribuição patrimonial para esse fim, o que gerou o dever de restituição.

3 Condição de adimplemento

Em relação à polifuncionalidade da condição (não aceita por parte da doutrina), uma das ideias-força deste trabalho e defendida por Geraldine, insta notar que diversos institutos são polifuncionais. Aliás, vale lembrar que a liberdade das formas típica do direito privado, já convida à criatividade negocial, sendo o limite a exigência de forma solene ou a não utilização de forma proibida, a teor da dicção do artigo 104, III, do Código Civil. Ainda que se possa acusar de simplista, é evidente que o direito privado, pela liberdade que lhe é conatural, tem como limite de forma hipóteses excepcionais em que a forma solene tem lugar por finalidades especialíssimas ligadas à natureza do interesse em causa, ou então, encontra seu limite na proibição legal que, como cediço, não pode ser expandida para além do que a própria lei quis (lei, moral, ordem pública, os grandes limitadores da liberdade contratual).

Assim, o ambiente da autonomia privada propende para a livre combinação de tipos modificados e para a polifuncionalidade de seus institutos jurídicos, potenciado ainda pela aversão a riscos, com exigência de controlabilidade e alocação dos mesmos, tudo isso forçando a aposição de cláusulas específicas, tendendo à atipicidade ou à utilização de tipos modificados. Até porque, a existência do tipo não é impeditivo legal para sua combinação com outros ou, além disso, não implica vedação para sua utilização na busca de outros fins que não aqueles previamente estabelecidos, por óbvio, desde que sejam fins merecedores de tutela estatal.

Mais ainda, a ideia de um interesse abstrato existente no tipo legalmente previsto não é mais do que uma mera projeção de um provável interesse, nunca o interesse em si mesmo. Vale explicar: o interesse, como se divisou linhas atrás, não pode ser abstrato, pois, interesse é relação orientada por uma necessidade, não há interesse interno no tipo, existe, isso sim, diante de uma repetição⁷⁹⁸, uma memória do tipo, baseada naquilo que normalmente acontece, a projeção de um provável interesse. Assim, no contrato de compra e venda, o interesse típico do comprador é adquirir o bem vendido mediante a contraprestação do preço. Mas, pode ser que isso não lhe baste. Ele pode querer que o produto, de alta tecnologia, seja adquirido sob condição suspensiva de ser testado por engenheiros na sua planta industrial, aferindo-lhe as qualidades intrínsecas e a utilidade na sua linha de produção; ora, o interesse é bem concreto, qualificado por um risco que o comprador não quer correr. Enfim, não se concorda com a noção de um interesse interno ao tipo e de um interesse externo porque o tipo não abriga qualquer interesse. Apenas a declaração de vontade externada, enquanto suporte fático concreto, é que abriga os interesses dos figurantes.

Avançando, dois lembretes são bastante eloquentes para esse fim. O primeiro com o instituto das arras, cuja diagramação permite diversos papéis para sua aposição no contrato: como princípio de pagamento (art. 417, do Código Civil); como confirmação do negócio jurídico; como cláusula resolutória (art. 418, do Código Civil); arras como prefixação das perdas e danos (arts. 418 e 419 do Código Civil); arras penitenciais facultando o arrependimento e compensando a parte contrária (art. 420, do Código Civil)⁷⁹⁹. Sílvio Rodrigues já observava que o instituto das arras, nos seus albores, no direito romano, servia de meio de prova, dando publicidade à avença; depois, em uma etapa mais avançada,

⁷⁹⁸BULGARELLI, Waldírio. Diretrizes gerais dos contratos empresariais, *cit.*, p. 19. A respeito da formação dos tipos sociais de contratos, veja-se: COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação do tipo à interpretação e integração dos contratos*, *cit.*, p. 151 e ss.

⁷⁹⁹LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arras. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore Coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 763 e ss.

adquiriu o sentido de possibilitar aos contratantes a faculdade de arrependimento, servindo de indenização: a dicotomia arras confirmatórias e arras penitenciais⁸⁰⁰. Exemplo ilustrativo de que um instituto assumir outras funções não é incomum na evolução jurídica, muito pelo contrário.

O segundo lembrete apoia-se em João Calvão da Silva, quando o autor destaca que diversos institutos tradicionais, além da função típica, podem exercer uma importante função coercitiva⁸⁰¹. Dois exemplos do que Silva denomina de coerção defensiva encontram-se na exceção de contrato não cumprido e no direito de retenção. Segundo o autor, no caso da *exceptio non adimpleti contractus*, além da evidente função de garantia da figura, forrando-se o credor das consequências presentes e futuras do inadimplemento da obrigação recíproca do devedor, ela é também um mecanismo de pressão, porque o devedor em mora, “na medida em que este tenha interesse ou necessidade da prestação de coisa ou de serviço que o credor lhe deva”⁸⁰², é incitado a cumprir a sua prestação, sob pena de ficar sem a outra de que necessita. Igualmente, no direito de retenção, observa Silva, para além da evidente função de garantia do instituto, há também a função de instrumento de pressão, coercitiva, portanto, “sobretudo se a coisa retida é de valor muito superior à dívida com ela causalmente conexiada”⁸⁰³. Enfim, a depender do quanto a privação do bem retido impacte no cotidiano do devedor, ou a depender do seu valor, tal retenção infletrá na conduta do devedor, estimulando-o a prestar o que deve. A retenção de uma máquina que foi para manutenção, da qual o empresário não efetuou o pagamento do serviço, se retida, é estímulo fortíssimo, sobretudo se ela é essencial em sua linha de produção. Quanto mais essencial o bem, mais sobressai-se a função coercitiva da retenção.

Dessa maneira, a polifuncionalidade – e o uso atípico da condição – não parece ser um grande problema. Primeiro, porque não é incomum, havendo exemplos históricos evidentes. Segundo, porque não é vedada, aliás, é conatural derivação do regime de direito privado e do disposto no artigo 425 do Código Civil.⁸⁰⁴ Como lembra Carlos Ferreira de Almeida, os próprios contratos podem assumir múltiplas funções, desempenhando mais de

⁸⁰⁰RODRIGUES, Sílvio. *Das arras*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1955. p. 130.

⁸⁰¹SILVA, João Calvão da *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 244.

⁸⁰²*Id. Ibid.*, p. 337.

⁸⁰³*Id. Ibid.*, p. 346.

⁸⁰⁴Mesmo qualificado como argumento mais débil, mais fraco, Blasco Gascó não deixa de observar também que se não há proibição expressa, não parece haver problemas para a possibilidade de o ordenamento jurídico admitir como condição o cumprimento da prestação, com base na liberdade contratual. BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales), cit., p. 52.

uma das finalidades básicas – troca, liberalidade, cooperação, risco ou reestruturação –, a exemplo do contrato-promessa, cuja primeira finalidade é a obrigação de firmar outro contrato, o qual poderá variar conforme o objeto, se compra e venda, empreitada etc.⁸⁰⁵

A mesma lógica aplica-se à já combatida questão da exterioridade condicional, ou melhor dizendo, da presença de um interesse externo, conducente à impossibilidade de condicionar elementos ditos essenciais do contrato. É perfeitamente lícito imaginar, porque não há proibição em lugar nenhum, que o mecanismo condicional possa servir, não apenas para postergar parte dos efeitos típicos do contrato, como também para estimular o cumprimento efetivo do ato devido, estimulando a execução da prestação da contraparte.

O grande obstáculo a ser vencido para sustentar com segurança a possibilidade de condicionar, por exemplo, a prestação de um contrato, a denominada condição de adimplemento, como bem captou Blasco Gascó, repousa em dois pontos centrais: (i) a incerteza do fato condicionante não é igual a incerteza do cumprimento da prestação e (ii) o condicionamento da prestação poderia, deveras, confundir os regimes da condição e do cumprimento/incumprimento do contrato, porquanto o primeiro está em um plano anterior ao segundo que condiz com os efeitos do inadimplemento, se houver.

Blasco Gascó explica, com bastante clareza, demonstrando a centralidade da questão da incerteza no debate, uma vez que a incerteza do fato condicionante carrega características que a incerteza do cumprimento da prestação não contém. Segundo o autor, listando as diferenças entre a incertezas do fato condicionante e do cumprimento da prestação, a incerteza típica da condição é aquela derivada da falta de um dado de informação no momento de formulação programática do contrato⁸⁰⁶.

Além disso, Blasco Gascó reforça que, na incerteza típica do fato condicionante (*evento-condición*, na sua nomenclatura), não se constata os limites impostos pelo vínculo contratual, quer dizer: (i) presente a neutralidade do próprio fato no que diz respeito ao comportamento doloso ou culposo das partes, excetuada a obrigação negativa respeitante a interferência indevida relativamente ao fato⁸⁰⁷; (ii) a incerteza do fato condicionante é puro

⁸⁰⁵ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos IV: Funções. Circunstâncias. Interpretação*. 2. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2018. v. 4, p. 49.

⁸⁰⁶BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales), *cit.*, p. 42-43.

⁸⁰⁷Esse é um ponto que, à luz da boa-fé objetiva, gradativamente vem sendo reconstruído. A neutralidade diz com a álea da fase de pendência, afim com a incerteza objetiva do fato condicionante. Mas não elimina a projeção da boa-fé comportamento, inclusive, sob uma perspectiva colaborativa entre as partes na fase de pendência. O fato condicionante e sua incerteza são neutros, os deveres a que estão vinculados os figurantes na fase de pendência, não.

azar, ou seja, é risco revestido de casualidade na condição casual, de vontade interessada na condição potestativa, ou de ambas na condição mista⁸⁰⁸. O autor conclui que:

A incerteza típica, portanto, do evento-condição, considerada como a falta de um dado em momento programático do contrato, é uma incerteza da substância do próprio evento configurado como condição, tanto se este é futuro (a chamada incerteza objetiva) quanto se é passado ou presente, mas ignorado pelos interessados (a chamada incerteza subjetiva)⁸⁰⁹. (Tradução nossa.)

Abstraída a questão da incerteza subjetiva, não encampada como premissa no presente trabalho, Blasco Gascó está correto, quando afirma que a incerteza típica é da substância do evento. Assim, em um contrato de locação não residencial, com cláusula suspensiva de reabertura do comércio diante da decretação de *lockdown* pelo poder público, por conta da pandemia da Covid-19, a incerteza é conatural ao evento reabertura. Sua álea e o elemento casual não dependem de grande justificativa, são evidentes. O mesmo não se pode dizer, no entanto, do ato de prestar: esse é um ponto que, embora enquadrado de maneira diversa, foi muito bem percebido por Martins-Costa, ao observar que o ato de prestar é ato devido, na precisão de Canelutti, por isso, gera um problema adicional para quem quer defender a possibilidade de condicionar esse elemento⁸¹⁰.

A incerteza quanto ao ato de prestar é atípica, exatamente porque, em rigor, a prestação é certa como dever. Também, não é possível falar da falta de uma informação. Tudo está lá, havendo, inclusive, uma obrigação de prestar aparelhada de pretensão, portanto, acionável em juízo. O direito existe e o objeto da prestação é determinado ou determinável. Incerto é o seu descumprimento materialmente falando, na fase executiva do contrato.

Segundo Blasco Gascó, a incerteza atípica, o mecanismo de seleção de interesses próprio da condição, por vontade das partes, antecede para o programa contratual uma incerteza de cumprimento relacionada ao momento de execução do contrato. O suposto de fato do pagamento é considerado incerto por vontade das partes, veiculando então um interesse atípico à cláusula condicional, qual seja, aquele de mecanismo de reforço do conteúdo prestacional do contrato, evitando-se, também por autonomia da vontade, o regime legal das consequências do inadimplemento. Cuida-se, assim, de uma incerteza que não é estrutural, mas voluntariamente alocada como um risco que as partes querem mitigar, sem

⁸⁰⁸BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales), *cit.*, p. 43.

⁸⁰⁹*Id. Ibid.*, p. 43.

⁸¹⁰MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 46.

os dissabores e vicissitudes do regime próprio do incumprimento, resolvendo-se em execução específica ou perdas e danos (o que nem sempre é possível, dada a insolvência da parte devedora)⁸¹¹.

Com o perdão da insistência do argumento pela negativa (sem querer ser simplista), está no absoluto raio de ação da autonomia privada esse arranjo de interesses, sem que se lhe possa apor a pecha de ilegal, imoral. Eventualmente, caso a caso, pode ser que haja algum problema de arbitrariedade, de abusividade, mas, a rigor, a ideia de reforçar o cumprimento do interesse típico com apoio da condição, sobretudo suspensiva, não parece trazer grande discrepância sistemática, nem ser contrária ao ordenamento. A adaptação será, então, de reconhecer que as partes – inclusive à luz da tendência de buscar garantias auto executáveis, dentre outros mecanismos para evitar as dificuldades da tutela jurisdicional – optaram por um regime jurídico diverso, atendendo aos seus interesses e ao limite de risco que pretendem assumir.

Essa opção das partes, apenas reforça a denominada *prospettiva rimediale* referida por Daniela Marcello, para quem a condição assim estruturada (como reforço ao interesse no adimplemento) assegura a correspondência entre a efetividade do interesse e o instrumento preceptivo utilizado⁸¹².

Nesse mesmo passo, Paloma Saborido Sanchez também aponta para o fato de que, em matéria condicional, o arranjo de interesses estabelecido pelas partes substitui o regime de incumprimento de dever pelo regime da *conditio deficit*, da condição falha⁸¹³.

Assim, é possível condicionar o negócio à celebração ou ao cumprimento de outro negócio posterior. Essa afirmação propõe um debate muito rico, não apenas sobre a função de garantia, que pode ser exercida pelo mecanismo condicional, como também a propósito das condições potestativas⁸¹⁴.

⁸¹¹BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales), *cit.*, p. 41.

⁸¹²MARCELLO, Daniela. L'uso della condizione in prospettiva rimediale, *cit.*, p. 397. No ponto, também vale repercutir, acerca do crescimento da condição de adimplemento: “Ora, quel che di peculiare sussiste in queste fattispecie è che l'interesse all'altrui adempimento non è un bisogno occasionale e specifico di una parte contrattuale, e l'ottenimento della controprestazione non è un motivo dell'agire contrattuale, bensì integra la causa del contratto. Con la condizione di adempimento non si realizza l'effetto tipico dell'istituto della condizione, ovvero di far entrare nell'economia del rapporto un elemento estraneo alla fattispecie, che incida sull'efficacia del contratto, bensì si transforma un elemento intrínseco al rapporto contrattuale, che attiene all'esecuzione, da momento realizzativo della causa a evento condizionante gli effetti.” RIVA, Ilaria. A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 67, n. 1, p. 206, 2013.

⁸¹³SABORIDO SANCHEZ, Paloma. La celebración o el cumplimiento de contrato como condición suspensiva de una diferente relación contractual, *cit.*, p. 318.

⁸¹⁴*Id. Ibid.*, p. 318.

Saborido Sanchez traz, então, a resposta, em um primeiro nível de análise, aderindo à argumentação de Blasco Gascó:

As partes, em momento determinado da regulamentação de seus interesses, carecem de um dado necessário, seja pela sua futuridade, seja porque o desconhecem. O cumprimento de um contrato previamente celebrado é um ato devido para as partes do mesmo. Sem embargo, ao configurar como condição de uma regulamentação posterior, converte-se em um evento incerto, que não se encontra na fase de execução do mesmo, senão no plano inicial, na fase de pendência de tal regulamentação. O fato do cumprimento de um contrato anteriormente celebrado resulta futuro, segundo sua temporalidade, e incerto, segundo sua possibilidade⁸¹⁵. (Tradução nossa.)

Ainda a respeito da condição de adimplemento, Rafaele Lenzi reforça que a objeção à condição de adimplemento (suspensiva), com base na ausência de incerteza objetiva da obrigação de prestar, carece por ser genérica, sem qualquer apoio em dispositivo legal expresso⁸¹⁶. Lenzi ainda destaca que a possibilidade de ação para fazer cumprir a obrigação não torna certo seu cumprimento, especialmente em situações que, pela natureza da obrigação, o máximo que se poderá conseguir (se conseguir) será a compensação financeira, como é o caso da obrigação personalíssima⁸¹⁷.

Em suma, a incerteza atípica e a alocação de interesses fora do padrão típico da cláusula condicional, para além de meramente protraírem parte dos efeitos do negócio, são encontradiças com a racionalidade do regime jurídico de direito privado, não havendo problema algum, em especial no ambiente paritário. Obviamente, em outros ambientes, a adequação das formulações atípicas encontra ônus argumentativo próprio, por exemplo, o debate acerca dos limites representados pelo artigo 51, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC) e do artigo 424 do Código Civil.

Seguindo para outro ponto alinhado por Blasco Gascó, o condicionamento da prestação pode confundir os regimes da condição e do cumprimento/incumprimento do contrato. O problema é perspectivado distinguindo o sinalagma genético do sinalagma funcional, com base na autonomia privada que, como já dito, permite a opção de tratar o ato

⁸¹⁵“*Las partes, en el momento determinado de la reglamentación de sus intereses, carecen de un dato necesario, bien por su futuridade, o porque lo desconocen. El cumplimiento de un contrato previamente celebrado es un acto debido para las partes de dicho contrato. Sin embargo, al configurarse como condición de una reglamentación posterior, se convierte en un evento incierto, que no se encuentra en la fase de ejecución del mismo, sino en el plano inicial en la fase de pendencia de dicha reglamentación. El hecho del cumplimiento de un contrato anteriormente celebrado resulta futuro según su temporalidade e incierto según su posibilidad.*” SABORIDO SANCHEZ, Paloma. La celebración o el cumplimiento de contrato como condición suspensiva de una diferente relación contratual, *cit.*, p. 323-324.

⁸¹⁶LENZI, Rafaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*. L'adempimento dedotto in condizione. Milano: Giuffrè, 1996. p. 11.

⁸¹⁷*Id. Ibid.*, p. 12.

devido de pagamento, em fase executiva, como fato. O autor faz uma divisão bastante sutil, todavia, importante para a explicação do fenômeno de que o evento configurado como condição não é o cumprimento nem o incumprimento, senão o fato do cumprimento ou, se se preferir, um fato que **casualmente** coincide com o objeto da prestação. Enfim, o objeto da condição não é a obrigação, senão o fato material do cumprimento da obrigação⁸¹⁸. O que se tem, então, é um reforço do sinalagma funcional, da vida de relação dos contratos, um mecanismo de garantia apostado para a proteção dos interesses típicos do contrato, utilizando-se, para tanto, da condicionalidade e da sua conatural seletividade de interesses a proteger, diante da sua estrutura hipotética “se”, por via da suspensão de determinados efeitos do contrato. Esclareça-se que, então, há com a condição um elemento de pressão incitando à contraprestação, porquanto é a partir dela que se terá a eficácia que pretende a parte, fora do regime geral das consequências do incumprimento das obrigações, encarando, o fato da prestação como incerto, há um mecanismo de estímulo ao ato devido.

Um exemplo recolhido da experiência espanhola é dado por Rocío Diéguez Oliva, reportando, em primeiro lugar, a ampla utilização das condições de adimplemento, no âmbito do tráfego imobiliário. A autora afirma que a prolífica utilização da figura recebe influência do Direito Anglo-Saxão, ademais de uma escassa confiança dos contratantes nos remédios tradicionais⁸¹⁹. Ela alinha ainda, a respeito da admissibilidade da condição de cumprimento no âmbito imobiliário, o fato de que sua aceitação no âmbito espanhol é tranquila, o problema reside em saber o termo em que se considera cumprida ou não cumprida a condição⁸²⁰.

⁸¹⁸BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales), *cit.*, p. 50-51. Nesse ponto, recolhe-se também, essa mesma percepção: PELOSI, Angelo Carlo. *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, *cit.*, p. 227-228.

⁸¹⁹DIÉGUEZ OLIVA, Rocío. Las condiciones de cumplimiento en la contratación inmobiliaria: la inscripción en el Registro de la Propiedad como condición de cumplimiento. In: CAÑIZARES LASO, (Ed.); DIÉGUEZ OLIVA, Rocío (Coord.). *Función de las condiciones en le tráfico inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 92-93.

⁸²⁰“En tal sentido es habitual encontrar cláusulas como las que a continuación reproducimos: [I]a compraventa ... queda sometida al cumplimiento de cualquiera de las siguientes condiciones resolutorias dentro de los dieciocho meses siguientes a la formalización del presente contrato del presente contrato: (a) que no se aprueben definitivamente los instrumentos del planeamiento urbanístico indicados en la cláusula tercera anterior (proyecto de reparcelación y proyecto de compensación). (b) que no quede inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente la finca adjudicada conforme a su descripción, características y delimitación contenidos en este contrato y sus anexos, como finca independiente a nombre del vendedor’ (STS de 28 de noviembre de 2013, sentencia núm. 716/2013, ponente Ferrándiz Gabriel). O aquella que bajo la rubrica condición suspensiva establece ‘someter la eficacia de la transmisión objeto del presente contrato al cumplimiento de la siguiente condición suspensiva: en el plazo máximo de dos años a contar desde la fecha de la firma del presente contrato, se deberá hacer inscrito en el Registro de la Propiedad el Proyecto de Reparcelación xxxx, en el que se incluye la parcela resultante T-2 objeto deste contrato de compraventa’ (STS de 12 de julio de 2018, sentencia núm 445/2018, ponente M^a Angeles Parra Lucán).”

Por fim, outro exemplo, este trazido da jurisprudência paulista, trata da qualificação jurídica da cláusula de medição da obra, a condicionar o pagamento **em fases** das parcelas de obra concluída e aprovada por pessoal capacitado, como condição suspensiva *ex vi* do artigo 125 do Código Civil. Nesse caso, observou-se que a liberação do pagamento condicionada à prévia medição pode ser qualificada como condição suspensiva, com o regime legal que lhe é próprio.

Do corpo do voto, extrai-se o seguinte trecho:

Em relação à medição *in loco* para a comprovação da execução integral dos serviços contratados, como ajustado na cláusula 4.2. do contrato firmado entre as partes, de assinalar-se que se trata de condição.

[...]

Na espécie, a eficácia da exigibilidade do pagamento estava condicionada à medições quinzenais dos serviços efetivamente executados e aceitos (cláusula VI, item 4.1., alínea ‘a’, fls. 30), nos termos do artigo 125, do Código Civil que prevê: ‘subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa’⁸²¹.

Insta notar ainda que nenhuma questão de invalidade ou de impossibilidade dessa forma de condicionamento foi suscitada na espécie, o que aponta, então, para uma corriqueira prática, inclusive no âmbito das contratações públicas, consistente na utilização do cronograma físico-financeiro, que nada mais é do que a utilização do mecanismo condicional como forma de garantia do contratante, uma vez que os pagamentos apenas serão devidos se após a feitura e a devida medição de determinada etapa da obra. Enfim, a condição de adimplemento, mesmo que não com esse nome, já é uma forma de garantia para o contratante, eis que a condicionalidade é utilizada na sua formulação hipotética “se”, para estabelecer um nexo entre o pagamento e a execução de uma parte do projeto. Só há direito se executada aquela parte, nos termos do artigo 125 do Código Civil.

Para problematizar a questão, demonstrando a utilidade da formulação condicional que a atual Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), estabelece em seu artigo 6º, LVII, “d”, é interessante destacar que se considera

superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por: [...] d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío. Las condiciones de cumplimiento en la contratación inmobiliaria: la inscripción en el Registro de la Propiedad como condición de cumplimiento, *cit.*, p. 114-115.

⁸²¹TJSP, Apel. Cível n. 0125611-47.2006.8.26.0100, 27ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Gilberto Leme, j. 09.04.2013.

Ora, o condicionamento do cronograma físico-financeiro, ou seja, o controle do fluxo financeiro do contrato, constitui uma **nova** função da condição, tanto assim que a lei de licitações considera que interferir nisso implica interferir na economia do contrato e gera prejuízo à Administração, que pode ser qualificado como superfaturamento.

Por fim, é corrente apor a um acordo judicial a cláusula que prevê que a quitação fica condicionada à efetiva transferência bancária dos valores em jogo, o que demonstra que o negócio unilateral de quitação fica condicionado à prestação do acordo (transação) efetuado em juízo. O que é isso senão uma condição de adimplemento? Outro exemplo, até mais radical: o do acordo judicial contendo condição suspensiva do pagamento à vista, sem o que retorna-se ao estado anterior e o exequente prossegue na execução ou cumprimento de sentença, como se nada tivesse acontecido.

Pois então, a figura já está entre nós; a popularização da condição de adimplemento na prática jurídica já é dos nossos dias. A tendência será aumentar.

Mais um exemplo afim com a polifuncionalidade do mecanismo condicional, ilustrativo de sua utilidade e dessa afirmada tendência de aumento na praxe jurídica, resulta do seguinte caso prático: determinada empresa, vencedora de licitação para obra pública da Prefeitura Municipal de Mirandópolis, subcontratou serviços de terraplanagem de terceiro, ficando condicionado o pagamento desse contrato ao pagamento pela municipalidade. Sem o pagamento do ente público, acionada em juízo, a então apelada defendeu-se, o TJSP entendeu válida a cláusula e, como não foi aperfeiçoada a condição, inexigível o pagamento pelos serviços de terraplanagem. A ementa, no particular, veio assim:

Apelação Cível. Ação de rescisão contratual c.c. cobrança e pedido de indenização. Prestação de serviços de terraplanagem. Contrato que condiciona o pagamento ao prévio adimplemento da Prefeitura de Mirandópolis. Contrato acessório. Cláusula suspensiva. Inadimplemento da Prefeitura que influi diretamente no contrato *sub judice*. Contratantes que assumem o risco do inadimplemento em conjunto. Ausência de prova do recebimento por parte da apelada. Montante total recebido pela apelada que não deve ser considerado para fins de repasse. Prova documental revela que parte dos valores recebidos da Prefeitura, antes mesmo da existência de contrato entre as partes, não se relaciona ao serviço de terraplanagem, de modo que não pode ser considerado como termo inicial da condição suspensiva. Sentença mantida. Recurso não provido⁸²².

Assim, a condição suspensiva, no caso concreto, permitiu que as partes compartilhassem o risco de que a Prefeitura de Mirandópolis não adimplisse parte do

⁸²²TJSP, Apel. Cível n. 9081533-47.2008.8.26.0000, 3ª Câm. Extraordinária de Direito Privado, rel. Des. Hélio Nogueira, j. 20.03.2014.

pagamento. Ausente o pagamento para a parte que implicou a subcontratação da apelante, ausente o fato condicionante para cumprimento da condição suspensiva que aciona o dever de pagamento da apelada. A cláusula encontra paralelo no Direito Anglo-Saxão na denominada *pay-if-paid*.

Como bem notou o relator, a cláusula de condição “divide o ônus do inadimplemento por parte da Prefeitura com o contratado”⁸²³.

No caso, além de tornar o risco compartilhado entre a contratada e a subcontratada, a condição demonstra, exatamente por isso, sua vocação para servir de elemento de coligação contratual, nos termos do que reconhece a doutrina especializada na matéria⁸²⁴.

O fato material do cumprimento de outro contrato pode, além de ser ato devido naquele contexto, ser fato condicionante para determinados efeitos típicos no outro contrato a ele, então, coligado (coligação voluntária). A flexibilidade do mecanismo condicional e suas múltiplas possibilidades são exploradas na prática contratual, falta a doutrina repercutir essas questões e buscar respostas dogmáticamente satisfatórias para o adequado aproveitamento do instituto. Os obstáculos opostos, envolvendo um alegado interesse típico (abstrato, estruturado no tipo) e o problema do caráter extrínseco da condição, como se viu nesse pequeno itinerário, não resistem à forma atual de enfrentar a questão.

Definitivamente, a resposta pela negativa da prestação deduzida como condição, seja na modalidade suspensiva, seja na modalidade resolutória, parece uma negação do que já está acontecendo na prática. Uma negação que, como tudo que milita contra a realidade econômica, não resistirá muito mais tempo⁸²⁵.

4 Impacto da condição na base objetiva do negócio jurídico

Já se afirmou a inseribilidade de motivos subjetivamente determinantes para as partes no contrato por via da condição-cláusula, noção que consta em Pontes de Miranda, secundado por outros autores⁸²⁶.

⁸²³TJSP, Apel. Cível n. 9081533-47.2008.8.26.0000, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, rel. Des. Hélio Nogueira, j. 20.03.2014.

⁸²⁴KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89. Tb.: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 108.

⁸²⁵PETRELLI, Gaetano. *La condizione 'elemento essenziale' del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*, cit., p. 430.

⁸²⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, cit., t. 3, p. 102. Tratando da inseribilidade dos motivos: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo*, cit., p.

Os motivos subjetivamente determinantes da decisão de contratar conectam-se, naturalmente, às próprias esperanças projetadas para o futuro do contrato, pelo contratante, que, em termos mais técnicos, têm nome: base subjetiva do negócio, definida por Karl Larenz como o conjunto de representações comuns entre os contratantes e justificadas pela lógica do razoável, que induziram as partes a concluir o contrato⁸²⁷. Se a base subjetiva não se realiza, a representação projetada não se verifica no concreto da vida, há erro sobre os motivos⁸²⁸.

Por questão de evidente segurança jurídica das relações, em princípio, o erro sobre os motivos não autoriza a invalidação do contrato. A exceção é, exatamente, aquela que consta do artigo 140 do Código Civil: “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quanto expresso como razão determinante”.

O ponto aqui, então, é que a condição torna o motivo expresso e determinante para a contratação⁸²⁹. Assim, se alguém quer comprar o imóvel sob condição suspensiva de obtenção de uma licença que autorize a exploração de determinado negócio naquela zona urbana, evidencia que seu motivo determinante para comprar não é residencial, mas sim para a exploração do ramo de negócio em questão. Ora, de nada lhe adianta o imóvel desacompanhado da possibilidade de levar adiante seu projeto de empreendimento.

De seu turno, a denominada base objetiva do negócio jurídico corresponde ao conjunto de circunstâncias objetivas do contrato situado no tempo e no espaço. Dizendo de outro modo, equivale ao estado geral de coisas objetivamente necessário para que aquele contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa existir enquanto programa contratual dotado de sentido (sentido, leia-se: a partir do que as partes

479. Também, em tese recente, vale a seguinte ponderação: “Entre os *accidentalibus negotiis*, as partes podem deliberar a inserção de um motivo, que, em geral, é tido como razão interna de uma das partes do contrato, frequentemente sequer suscetível de ser conhecida pela contraparte, apenas impulsionando aquela a realizar o negócio (causa impulsiva). Ao tornar explícito o motivo, as partes têm possibilidade de deliberar que aquele motivo integra o conteúdo do negócio jurídico, situando como ponto de necessário referimento no arranjo de interesses desenhado no preceito – regra do negócio –, trata-se, por conseguinte, de um motivo determinado, possível de ser inserido no conteúdo do negócio ou, mais precisamente, como um elemento accidental do negócio.” SOUZA, Eduardo Francisco de. *A colaboração nos contratos empresariais*. 2020. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. p. 111.

⁸²⁷LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p. 41.

⁸²⁸*Id. Ibid.*, p. 41.

⁸²⁹Inclusive, talvez de modo exagerado, o Código Civil de 1916 era expresso, no seu artigo 90: “Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição.”

tencionavam, projetando determinado estado de coisas que justifica a contratação dessa ou daquela maneira, com esse ou aquele clausulado)⁸³⁰.

Assim, por exemplo, quem contrata compra e venda de um imóvel invadido, por um preço bem abaixo do mercado, exatamente porque o vendedor não tem a posse direta e haverá custos para reavê-la (seja ação de despejo, seja possessória), contrata à luz de uma base objetiva em que faz sentido o preço com o significativo deságio. É a presença dessa circunstância que dá sentido ao preço avençado.

Dissertando a respeito dessa dicotomia entre a base subjetiva e a base objetiva, Orlando Gomes esclarece que, se a discussão sobre a correspondência do contrato a sua original base subjetiva reconduz ao regime do erro como vício de consentimento, a discussão a respeito da base objetiva do negócio jurídico conduz ao debate sobre a impossibilidade superveniente para enfrentar duas questões: “1ª – a de saber se o fim do contrato ainda pode ser alcançado; 2ª – a de conhecer a intenção conjunta das partes”⁸³¹.

Em resposta a essas questões, Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva afirmam que a base objetiva do negócio deixa de subsistir, “dentre outras hipóteses, se não se pode obter a finalidade objetiva do negócio jurídico, ainda que possível a prestação, entendendo-se que a finalidade de um dos figurantes que o outro admitiu é objetiva (=subjetiva comum)”⁸³².

A base objetiva do negócio jurídico é uma noção voltada para o concreto, para o negócio situado em suas idiosincrasias, como uma finalidade específica ou um risco que influi no preço do contrato (vide o exemplo acima). De acordo com a doutrina mais vanguardista, o uso normal do negócio como instrumento de troca pressupõe “uma relação estreita com a realidade econômica subjacente”⁸³³, além disso, essa aderência à realidade se daria por meio de institutos como as condições suspensivas e resolutivas, bem assim com a teoria da impossibilidade, especialmente a impossibilidade superveniente⁸³⁴. Aqui vale um parêntese importante: do ponto de vista de sua operacionalidade, a tese da base objetiva do

⁸³⁰Veja-se, por purismo, a transcrição: “*Por base del negocio objetiva ha de entenderse el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que ele contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido.*” LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, cit., p. 225.

⁸³¹GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos. In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 52.

⁸³²MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*, cit., p. 172-173.

⁸³³SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro, cit., p. 85.

⁸³⁴*Id. Ibid.*, p. 85.

negócio jurídico oferece uma vantagem prática, ela prescinde da previsibilidade ou imprevisibilidade do fato superveniente, o que importa é a comprovada desproporção das prestações, ou seja, o desequilíbrio do contrato se impõe por si, cabendo ao interessado o ônus de prová-lo a partir da economia interna do contrato⁸³⁵. Logo, é teoria voltada para o concreto da vida econômica do contrato, utilmente vocacionada para a resolução de conflitos, partindo-se dos pressupostos de que (i) a condição é uma forma de inserir motivos no negócio jurídico; (ii) as condições, como visto, têm sua accidentalidade bastante questionada, sendo certo que, uma vez inseridas no contrato, assumem papel central, até porque os interesses ali dispostos são centrais na decisão de contratar pelo menos um dos figurantes e, por fim, (iii) esse interesse, uma vez introjetado no contrato, por via da condição, conta com a admissão do outro figurante que o admitiu no contrato, tornando, portanto, esse mesmo interesse mais do que uma mera subjetividade, mas um dado objetivo individualizante daquele contrato, integrativo de sua causa concreta e, portanto, afim com a base objetiva daquele negócio jurídico de *per se*.

Em suma, a condição participa, na sua especificidade, como seletora de interesses que as partes entendem relevantes na decisão de contratar, como elemento da base objetiva do negócio jurídico. O interesse se objetiva na estrutura do negócio. Daí, é possível afirmar com boa dose de segurança que interferir na condição é interferir na base objetiva do negócio jurídico. Agregando ao ponto, insta destacar Luciano de Camargo Penteado, que afirma que, exatamente por essa centralidade da condição uma vez aposta, “seria demasiado simplificador rotular o elemento condicional de elemento acessório *tout court*”⁸³⁶. Nessa mesma direção, Durval Ferreira diz que, muito embora o interesse na condição, na fase de formação do negócio, possa interessar a apenas uma das partes, uma vez elevado à declaração, ele passa a ser “elemento integrante do juízo volitivo unitário do regime negocial: e, portanto, do seu regime uno e unívoco ‘criado’”⁸³⁷. Ora, o regime uno e unívoco criado é aquele do preceito que vincula ambas as partes, como derivação natural do exercício da autonomia privada. A regra vinculativa do *pacta sunt servanda*.

⁸³⁵Nessa linha: STJ, AgInt no REsp 15114093/CE, 4ª T., rel. Min. Marco Buzzi, j. 25.10.2016, DJe 07.11.2016; TJRS, Apel. Cível n. 70001876994, 9ª Câm. Cível, rel. Des. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 25.04.2001; TJSP, Apel. Cível n. 1021482-52.2020.8.26.0562, 28ª Câm. Dir. Privado, rel. Desª. Berenice Marcondes César, j. 08.09.2021; TJSP, Apel. Cível n. 1001878-29.2018.8.26.0416, 4ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Alcides Leopoldo, j. 15.10.2020.

⁸³⁶PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo, *cit.*, p. 474.

⁸³⁷FERREIRA, Durval. *Negócio jurídico condicional: pessoas colectivas públicas: os motivos atípicos e a unidade do sistema jurídico na prova e interpretação da declaração negocial*, *cit.*, p. 161.

Retorna-se aqui à ideia central deste trabalho de que a condição assume seu real potencial quando o enfoque do negócio jurídico é preceptivista, ou seja, quando é encarada como parte do regramento do negócio, o que, aliás, está em linha com a paulatina objetivação do contrato que veio a efeito, em prestígio da segurança jurídica⁸³⁸. Logo, não é da base subjetiva do negócio que se está a falar, ao contrário, é da base objetiva. Até porque a incerteza que abre uma bifurcação hipotética no destino dos efeitos do negócio também é objetiva, havendo até quem diga da existência de um tipo condicionado, o que não parece exagerado; e, a valer a já referida valorização dos contratos empresariais enquanto categoria autônoma⁸³⁹, o campo será cada vez mais fértil para esse modo de abordar o tema.

Enfim, a essencialidade concreta da condição na estrutura do negócio jurídico leva à afirmação de que o risco ali insculpido, a incerteza ali desenhada, o fato condicionante liga-se aos interesses de um ou de ambos os contratantes e, uma vez integrante da estrutura monolítica em que se transforma o negócio concretamente considerado, por lógica, integra sua base objetiva. Essas conclusões, amparadas na premissa da essencialidade concreta da condição, quando aposta no negócio e na sua integração à base objetiva do mesmo, são conducentes ao reconhecimento de que as medidas conservativas na fase de pendência prestam-se à própria higidez da base objetiva do negócio, especialmente quando relacionadas com a defesa da incerteza conatural ao negócio sob condição. Ou seja, as medidas de conservação voltam-se para a manutenção do *status quo*, sem o qual a regulação a que acederam partes deixa de ter sentido.

5 Interpretação da condição-cláusula e a partir da condição-cláusula

Duas ideias-força aqui encontram consequência e, a partir das premissas adotadas, influem na interpretação do negócio condicionado, na busca de uma dogmática do artigo 112 do Código Civil, acerca do problema sempre presente da exegese das manifestações de vontade, em que há um movimento pendular entre a segurança jurídica da declaração e a maior perquirição sobre a vontade real dos figurantes. São elas: (i) o princípio da inseribilidade dos motivos, uma característica típica da condição; (ii) o exato impacto desses

⁸³⁸ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 301.

⁸³⁹Com considerações a esse propósito: FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 37 e ss. Reportando que essa também é uma tendência na Europa, tanto para países que dão regulação legislativa autônoma para os contratos comerciais, quanto para aqueles que não os tratam como categoria autônoma, veja-se: ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*, cit., p. 21-23.

motivos na causa concreta⁸⁴⁰, cuja influência sobre a interpretação do negócio, situado e concreto, é perfeitamente reconhecida.

O artigo 112, referido em diversas passagens ao longo deste texto⁸⁴¹, ainda necessita de um tratamento dogmático mais consentâneo com sua importância, para desate de diversos impasses contratuais, inclusive, com perquirição do quanto ele, atualmente aliado ao artigo 113, pode servir para uma integração contratual devidamente fundamentada, afastando-se o puro arbítrio, com a atual redação dada pela Lei n. 13.874/2019.

Retomando ainda a polissemia declarada do termo “condição”, a significar pelo menos duas coisas, o fato condicionante (condição-fato) e a cláusula condicional (condição-cláusula)⁸⁴², é evidente que esta última não apenas é interpretada, como também serve para a interpretação do contexto global do negócio, como aliás, todas as cláusulas atômicas separadas, no conjunto, influenciam-se mutuamente, desenhando os contornos do contrato, seja ele qual for. Por conseguinte, parece lícito compreender que a condição-cláusula é interpretável (como todas são) e, além disso, é também um índice para a interpretação global das razões econômicas do contrato. Daí porque interpreta-se a condição-cláusula, e interpreta-se a partir da condição-cláusula.

Isso fica, especialmente, muito vincado com a ideia de que a forma é mais do que a face visível do conteúdo, a forma é também conteúdo do arranjo posicional dos interesses em jogo no contrato e, portanto, é um elemento para a interpretação das intenções ali consubstanciadas. A forma de enunciar revela, ao menos em alguma medida, o caráter da motivação, perquirindo a vontade real daquele que enuncia. Bom lembrar que até o silêncio, nos termos do artigo 111 do Código Civil, pode ser produtor de efeitos jurídicos, importando anuência “quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Assim, mesmo a não enunciação comunica algo, a depender de determinadas variáveis contextuais. O que dizer então de uma exponenciação da autonomia privada, uma cláusula contratual derivada exclusivamente da vontade, em que

⁸⁴⁰Sob uma perspectiva bastante interessante, observando a íntima relação entre condição e causa concreta, alinhada pela doutrina: GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 203-204.

⁸⁴¹Sobretudo, vale a remissão ao subitem 3 “A finalidade do negócio jurídico no percurso interpretativo”, capítulo I, do presente trabalho.

⁸⁴²Remissão ao subitem 1 “Estrutura e distinções da condição”, capítulo II, do presente trabalho.

as partes, rompendo o padrão da simultaneidade dos efeitos do negócio jurídico, a partir de sua conclusão⁸⁴³, pospõem os efeitos na dependência de um fato futuro e incerto?

Assim, parece bastante tranquilo argumentar que essa cláusula típica comunica algo relevantíssimo sobre a intenção de pelo menos uma das partes e assume, na estrutura do negócio, uma posição central pelo óbvio motivo de que, se quem contrata, a rigor, quer os efeitos ato contínuo da contratação, sua postergação é uma anomalia com caráter determinante no desenho contratual e no tipo de interesses e relações que irão se estabelecer na fase de pendência.

Sobre a interpretação da condição-cláusula, alguns elementos fundamentais já foram alinhados, em especial, a discussão a respeito da dúvida sobre uma condição concretamente assinalada em um contrato ser suspensiva ou resolutiva. Dúvida para a qual a doutrina aponta diversas soluções, sendo a mais coetânea com o nosso ordenamento, aquela que observa se há cumprimento iniciado (se houver, a condição é resolutiva), sobretudo, repita-se, com o artigo 113 do Código Civil, cujo acréscimo da Lei n. 13.874 de 2019 traz um elemento dinâmico para fins de interpretação do conteúdo declarado no contrato, como no caso do comportamento posterior à conclusão do contrato⁸⁴⁴.

Calha, aqui, além disso, observar a distinção sutil que faz Carlos Ferreira de Almeida, para quem, há um sentido e uma estrutura no conteúdo contratual⁸⁴⁵. De acordo com o autor, de saída, o problema do conteúdo contratual conta com uma dimensão dinâmica e uma dimensão estática: a primeira, é o encadeamento de atos de vontade que consiste em chegar a um acordo; a segunda, consiste em determinar aquilo que as partes quiseram dizer nas declarações contratuais⁸⁴⁶. Isso nada mais é, a nosso ver, do que a amálgama das concepções subjetiva (teoria da vontade) e objetiva (teoria da declaração), a demonstrar um ponto óbvio, mas de alcance prático fundamental: as tais correntes não são excludentes entre si. São momentos do transcurso da formação do contrato e ambos devem ser levados em conta. Assim, por exemplo, a questão do dolo e a questão do estado de perigo, ambas com previsão no sistema codificado (e com razão, afinal, a vontade livre tem que ser protegida, enquanto

⁸⁴³Enfim, com a condição é possível alterar a conexão padrão estabelecida entre o agir negocial e o efeito negocial. GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, *cit.*, p. 216-217.

⁸⁴⁴Isso também é reforçado pelo atual artigo 421-A do nosso Código Civil, cuja redação sobrevaloriza a alocação de riscos no contrato, da qual a condição é uma cláusula característica.

⁸⁴⁵ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca*. 4. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2018. v. 2, p. 9 e ss.

⁸⁴⁶*Id. Ibid.*, p. 9 e ss.

pressuposto lógico da autodeterminação), vão observar o aspecto dinâmico, se no momento da declaração a vontade isenta de vícios. Já uma interpretação de cláusula de garantia, à luz do objeto garantido, vai focar a análise do conteúdo declarado. Simples, portanto, afirmar que ambas as perspectivas podem e devem ser investigadas pelo intérprete-adjudicador da decisão, a preferência entre a segurança jurídica e a absoluta simetria da vontade ao *corpus* da declaração irá depender de um exercício de finura jurídica, que não aceita uma solução muito esquemática, mas situacional.

Fica claro, por isso mesmo, que o trabalho de exegese foca ora um momento, ora outro ou, a depender do grau de complexidade do impasse, foca ambos, especialmente por via da perquirição da causa concreta do contrato e dos motivos introjetados pela condição que, nessa circunstância, faz uma conexão entre o que foi querido em um dado momento do tempo e o que ficou plasmado na declaração. Dizendo de outro modo: a condição, e essa é uma importância que deve ser bem compreendida, dá as pistas para surpreender o ato de vontade enquanto tal. O porquê da contratação é visualizado com o auxílio e a compreensão da condição-cláusula.

Assim, há uma visão global que deve ser mantida, e a ideia trabalhada por Almeida, a propósito do que seja o conteúdo contratual, parece muito fecunda e pode ser, no futuro, mais elaborada pela doutrina, inclusive para estabelecer um paralelismo com a noção de programa contratual, defendida por Azevedo.

Nessa direção, em Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, verifica-se certa tendência a afirmar que o problema da interpretação é unitário, tanto para a legislação quanto para o negócio jurídico⁸⁴⁷. Para isso, tanto na lei, quanto no negócio, as unidades de norma (cláusulas, parágrafos, incisos) influenciam e denunciam o motivo condutor do conjunto. Vale ainda destacar que à interpretação não importaria, a princípio, a natureza do imperativo, mas a “forma como o imperativo se manifesta”⁸⁴⁸.

De acordo com Almeida, a respeito da necessidade de interpretar o contrato como um todo o cânone complementar da totalidade, há um dispositivo, no Código Civil francês, determinando “também atender a outros contratos que concorram numa mesma operação”⁸⁴⁹. A diretiva da finalidade retorna com força, finalidade que é desenhada com o

⁸⁴⁷MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*, cit., p. 16.

⁸⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 134.

⁸⁴⁹ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos IV: Funções. Circunstâncias. Interpretação*, cit., v. 4, p. 289. Cuida-se do artigo 1189, 2ª parte, assim disposto: “[...] Lorsque, dans l'intention commune de parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.” Previsão que pode abrir todo um leque para o estudo da hermenêutica dos contratos coligados.

auxílio da seletividade de interesses operada pela condição-cláusula, dentro da estruturação dos preceitos daquele negócio jurídico concreto.

Vale destacar as colocações de Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, explorando também a questão do conteúdo contratual à luz do problema da lacunosidade, de que o conteúdo do negócio não é simplesmente o acordo entre as partes, daí, o autor afirma que

O conteúdo contratual não se forma apenas pelo que o acordo das partes estipula, mas à autonomia se somam elementos de fontes heterônomas, alguns se agregando mesmo sem a intenção específica das partes, outros passando pelo filtro da intenção comum. Por isso o apropriado é falar de **fontes do conteúdo contratual**, visto que com a autonomia privada concorrem a lei, os costumes e a boa-fé, fazendo emanar elementos essenciais, naturais e particulares, formando o compósito a que, abstratamente, se atribui o nome de **conteúdo**⁸⁵⁰. (Destaques no original.)

A questão é que a seleção de interesses pela condição-cláusula, a inserção de um motivo que conforma a causa concreta do negócio, alarga a possibilidade de outras fontes comporem o conteúdo contratual. Considerando a boa-fé objetiva, uma vez estabelecida uma finalidade concreta indubitosa no contrato, a diretriz comportamental deve dirigir-se para aquela finalidade, dessa forma, os usos e costumes ficam situados dentro daquele limite contudístico. Em termos práticos, sob o ângulo da finalidade do interesse selecionado pela condição-cláusula, valem os exemplos descritos a seguir.

Começando com o caso de precedente afetado ao tema dos contratos públicos, mas com solução que enfatizou a condição suspensiva na finalidade do negócio. No município paulista de Leme, de acordo com o voto, determinada sociedade empresária, por licitação na modalidade concorrência, celebrou em 12/12/2012, contrato de compromisso de compra e venda sob condição suspensiva com o referido ente municipal, para a instalação de sua indústria.

Todavia, a condição (simplesmente potestativa) não se implementou porque era de responsabilidade da Prefeitura de Leme desapropriar, desmembrar e transformar em área urbana o referido lote, assim como outros. As cobranças de IPTU e da Taxa de Iluminação Pública foram, então, afastadas, independentemente de a área ser urbanizável (art. 32, §1º, do CTN), pois, o fato é que a contratante nunca pôde instalar-se no local, diante do descumprimento da condição suspensiva. Veja-se a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débitos Fiscais c.c. Indenização por Danos Morais – IPTU e Taxa de Iluminação Pública – Sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar a

⁸⁵⁰NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*, *cit.*, p. 253-254.

inexigibilidade dos débitos de IPTU e Taxa de Iluminação até março de 2021 cobrados em face da autora – Pedido indenizatório rechaçado – Manutenção do r. decisório – Celebração de Compromisso de Compra e Venda, sob condição suspensiva, com o Município de Leme, para aquisição de lote com a finalidade de instalar sua indústria – Área sem infraestrutura (inclusive sem iluminação pública) e sem o devido desmembramento pela Municipalidade – Autora que não se estabeleceu no local e não pôde exercer a posse até março de 2021, em razão da falta de regularidade da gleba pelo Município – Ausência de prova do Município em sentido contrário – Ônus probatório que lhe incumbia (art. 373, II, do CPC) – Fatos geradores das exações não configurados – Sucumbência recursal – Recurso não provido⁸⁵¹.

O segundo exemplo deriva de contrato de honorários advocatícios, com cláusula *ad exitum*, para a qual a previsão de quando se consideraria implementada a condição suspensiva era duvidosa. O ponto central residiu exatamente na discussão sobre se com a vitória na causa, em fase de conhecimento, seguida do início do cumprimento de sentença, já se consideraria satisfeita a condição suspensiva.

Diante da redação duvidosa, a relatora do caso, desembargadora Angela Lopes, observou que “o preceito negocial supracitado padece de clareza, limitando-se a qualificar o marco temporal para vencimento da dívida como o ‘sucesso na referida demanda’”⁸⁵². Em tese, sucesso na demanda pode significar sucesso na fase de conhecimento, trata-se de uma interpretação possível a partir do conteúdo declarado. Porém, com razão, a relatora observou o seguinte:

Todavia, em sede de interpretação contratual conforme à lógica econômica da contratação (art. 113, §1º, V, do Código Civil), é de rigor considerar mais razoável a fixação do êxito como o concreto recebimento do crédito por parte da recorrida, quando seria possível a reserva de parcela da cifra para o pagamento do advogado exequente.

Tal exegese é corroborada pelo significativo vulto dos honorários advocatícios em questão, que ultrapassam o montante de R\$ 500.000,00 de modo que seria incoerente imaginar que a tomadora do serviço se disporia a despender quantia tão elevada sem a certeza de que a execução do título judicial seria frutífera.

Por isso, tem-se que a condição suspensiva relativa ao crédito exequendo ainda não se implementou, de modo que a presente execução deve ser suspensa até que tal condição (recebimento de montante pelo devedor no cumprimento de sentença) ocorra⁸⁵³.

Há uma questão subjacente aos interesses em jogo, dentro da estrutura preceptiva do negócio e o que de implícito haveria na interpretação da condição-cláusula. O ponto é que o

⁸⁵¹TJSP, Apel. Cível n. 1004613-96.2022.8.26.0318, 14ª Câm. Dir. Público, rel. Des.ª Silvana Malandrino Mollo, j. 12.06.2023.

⁸⁵²TJSP, Apel. Cível n. 1032793-37.2021.8.26.0002, 28ª, Câm. Dir. Privado, rel. Des.ª Angela Lopes, j. 1º.12.2022.

⁸⁵³TJSP, Apel. Cível n. 1032793-37.2021.8.26.0002, 28ª, Câm. Dir. Privado, rel. Des.ª Angela Lopes, j. 1º.12.2022.

conteúdo contratual foi alargado pela fonte supletiva do artigo 113, §1º, V, do Código Civil, para, à luz da finalidade introjetada no negócio (a pista da intenção das partes consubstanciada na declaração, ainda que de modo ambíguo, como observou a relatora), dar a solução mais consentânea à lógica econômica encetada no próprio contrato.

Os elementos centrais para esse desate foram (i) a estrutura condicional da percepção dos honorários e (ii) o preço vultoso que tornou **irrazoável** a percepção de honorários na casa de R\$500.000,00, antes que o próprio titular do direito principal exequendo fosse beneficiado com o que lhe cabia.

Tudo isso põe em causa o papel da condição, não do fato, mas da cláusula, dentro da estrutura do programa contratual, não somente como passível de alterar a causa típica do negócio, como também passível de alargar o conteúdo contratual como um todo e, trazendo novas possibilidades de recursos heterônomos com os quais o intérprete pode trabalhar, parte da condição cláusula como mote para sua própria reconstrução da vontade das partes pela via de um elemento já objetivado na declaração, assim cumprindo o que predica o artigo 112 do Código Civil.

6 A condição e suas funções

As funções da condição devem ser analisadas pelo sentido da cláusula, não pelo sentido do fato. O fato é a dimensão material do interesse contratualmente colocado na declaração pelas partes. A condição-cláusula, o reflexo jurídico dentro da estrutura preceptiva do negócio.

Assim, as funções da condição são (podem ser, melhor dizendo) as que seguem.

(i) A função de alocação de riscos, permitindo que mesmo em função de uma incerteza, leia-se de um desconhecimento a propósito do porvir, acerca de um fato decisivo para a contratação ou, no mínimo, muito importante, as partes façam o negócio, sob o condicional “se” = “então”.

(ii) Exatamente por essa exponenciação da autonomia privada, a função de uma metalinguagem dentro da normativa negocial, seleção de interesses enfatizada por Blasco Gascó, com apoio na doutrina italiana⁸⁵⁴. A questão mais importante, nessa perspectiva, é o interesse dito externo moldando o interesse interno do tipo (que não é interesse, mas mera

⁸⁵⁴BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales), *cit.*, p. 39.

projeção de um interesse com base no que normalmente acontece). Se é certo que a ordem jurídica define e delimita claramente um plano de interesses, conectado à estrutura tipológica abstrata da norma, por outro lado, admite-se a interferência nesse plano de interesses com a sobreposição de outros, então selecionados pela condição-cláusula, que podem até modificar ou eliminar os objetivos legais iniciais⁸⁵⁵ (obviamente, a depender de se tratar de norma dispositiva).

(iii) Essa seleção de interesses acontece, instrumentalmente, por via da função de alteração da causa concreta do contrato, para além da causa típica do negócio puro e simples que, então, se condiciona. Ou seja, a seletividade de interesses acontece por via da inseribilidade de motivos que alteram a causa concreta do negócio. No exemplo clássico de uma incorporação imobiliária, a compra e venda de determinados terrenos sob condição suspensiva coloca em causa que há um motivo passando a integrar a razão de ser mesma do contrato, sua causa, enfim. Isso porque supõe-se que a incorporadora necessita adquirir pelo menos 10 mil metros quadrados, para dar sequência ao empreendimento projetado. Com menos do que essa metragem, a aquisição dos terrenos não lhe interessa, pois as aquisições individualmente consideradas somente possuem sentido dentro de um projeto global, que é a causa concreta da aquisição de todas as casas de duas, três quadras de um determinado bairro ou localidade.

(iv) Essa não coincidência entre a causa típica e a causa concreta, uma vez condicionado o negócio, permite que a condição-cláusula, exatamente pela metalinguagem que representa no conteúdo preceptivo do negócio, dilate-se, abarcando funções que não são aquelas originalmente inerentes a sua própria razão de ser⁸⁵⁶. A função atípica da condição, sob esse prisma, demonstra que o mecanismo de condicionalidade possui uma ductilidade e uma vocação para aderir, ao programa do negócio tipicamente considerado, nuances que ele não capta e que situam e ajustam a **veste jurídica** à operação econômica, retomando a metáfora de Enzo Roppo. A utilidade, então, de se diferenciar as causas e atentar para aquela que é a primeira na ordem da intenção e a última na ordem da consecução acaba por expor o que o negócio analisado possui de único.

⁸⁵⁵TATARANO, Giovanni; ROMANO, Carmine. *Condizione e modus, cit.*, p. 4-5.

⁸⁵⁶“As circunstâncias da função eficiente delimitam os efeitos jurídicos do contrato considerado globalmente, isto é, repercutem-se em todos os seus restantes elementos. São circunstâncias da vigência, condicional, temporal e normativa, que indicam se, quando e em conformidade com que normas ou critérios de decisão vigora, sendo válido, aquele concreto contrato.” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos IV: Funções. Circunstâncias. Interpretação, cit.*, v. 4, p. 122.

(v) Como desdobramento da quarta possibilidade, a condição pode exercer uma função de coerção, na exata dicção de João Calvão da Silva⁸⁵⁷, seja para ameaçar a parte contrária com a retomada do bem, no caso da condição resolutiva própria da venda com reserva de domínio, seja para, em uma condição suspensiva, tornar a eficácia dependente de uma determinada situação de fato, em especial, nos casos da condição simplesmente potestativa, que alia à incerteza uma atuação da vontade de um dos figurantes, estimulando-o na consecução do fato condicionante, naquilo que dele depende.

(vi) Assim, precisamente, pode exercer a função de garantia, a exemplo da condição resolutiva em compra e venda com reserva de domínio, tanto quanto pode exercer a função de estímulo para o bom cumprimento do negócio, como no caso da condição de adimplemento. Ainda, nesse mesmo passo, a questão do *earn-out*, na linha do que já foi dito, cláusula que se apõe em contratos de cessão de participação acionária ou aquisição e serve de garantia para o adquirente e de estímulo para o alienante, porquanto condiciona parte do preço ao atingimento de determinadas metas preestabelecidas⁸⁵⁸.

Como afirmado, vale notar que quem compra uma sociedade empresária, compra os ativos e as projeções de ganho, ou seja, compra o que já existe de riqueza mais a estimativa de geração de riqueza que aquela empresa (atividade) tem potencial para produzir. Daí porque, em inúmeras situações, a cláusula de *earn-out* é útil para a estrutura do negócio, especialmente nos negócios de alienação envolvendo as denominadas *startups*, boas ideias de negócio para as quais ainda não há consolidação necessária; o que se vende, fundamentalmente, é o potencial de crescimento⁸⁵⁹. Esse potencial compõe o preço, mas como fato futuro e incerto: se confirmado, o vendedor naturalmente deve ganhar mais; se não confirmado, o comprador não deve pagar por uma expectativa de crescimento que não se confirmou ou, como acontece, deve pagar pelo piso estipulado⁸⁶⁰.

A figura em questão trabalha com duas categorias do direito civil: (i) a condição suspensiva, pois, o direito ao complemento de preço efetivamente existirá (art. 125, do Código Civil), se atingido determinado patamar financeiro; (ii) o preço, pois, com o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da projeção de ganhos da

⁸⁵⁷Coerção como meios de pressão privados que o credor se utiliza para compelir o devedor a prestar. SILVA, João Calvão da *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 236.

⁸⁵⁸ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre o enquadramento da cláusula *earn-out* na teoria geral do contrato de compra e venda. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 141-145, jul./set. 2020.

⁸⁵⁹Assim, considerando que sociedade é promissora, mas não é consolidada, há um preço básico de aquisição e uma variável, condicionada a metas ajustadas pelas partes. *Id. Ibid.*, p. 144.

⁸⁶⁰*Id. Ibid.*, p. 145.

sociedade, lançam-se as bases para a fixação segura do preço futuro (art. 485, do Código Civil)⁸⁶¹.

(vii) Também como decorrência da possibilidade anterior, a condição introduz em um determinado programa contratual uma perspectiva premial, uma perspectiva de incentivo para determinada conduta, como um útil mecanismo de direção do comportamento dos agentes econômicos mais eficaz do que a via da cláusula penal.

(viii) Os elementos acidentais do negócio jurídico, em geral, e a condição-cláusula, em particular, possuem também importante função na interpretação global do negócio jurídico finalisticamente considerado. A condição-cláusula é uma metanorma sobre o conteúdo do negócio, circunstância que estabelece quando e como será disparada uma parcela importantes dos seus efeitos.

(ix) Novamente os elementos acidentais do negócio jurídico, em geral, e da condição-cláusula, em particular, possuem uma função de coligação contratual voluntária, como nos casos vistos em que a celebração ou o cumprimento de um determinado contrato é condição (suspensiva ou resolutiva) em um outro contrato, como se vê no exemplo jurisprudencial da empresa que, em um contrato público com determinada municipalidade, condiciona o pagamento da subcontratada ao pagamento de seu próprio crédito pelo ente público. Sobre a coligação por via das condições suspensivas ou resolutivas, observa Bernard Teyssie que os *ensembles de contrats* podem valer-se da condição para garantir a indivisibilidade de um grupo de contratos naturalmente divisível⁸⁶². Assim, as sucessivas promessas de compra e venda sob condição suspensiva efetuadas pela incorporadora, na dependência de atingir determinada metragem que possibilite o empreendimento (fato futuro e incerto), muito embora sejam naturalmente divisíveis, vinculam uma única operação econômica aos contratos, tornando-os indivisíveis a partir da racionalidade da referida operação.

(x) Em um caso como o acima descrito, a alocação de riscos ganha um contorno mais nítido de compartilhamento de riscos, em que interessa ao subcontratado o pagamento pelo ente público ao subcontratante. Logo, lhe interessa, e muito, a aprovação por aquele ente do correspondente à sua etapa no trabalho. De alguma maneira os interesses do subcontratado e do subcontratante convergem de maneira mais nítida, exatamente pela seletividade do interesse que era apenas do subcontratante (de ver aprovada a obra e satisfeito o ente público

⁸⁶¹*Id. Ibid.*, p. 147.

⁸⁶²TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: LGDJ, 1975. p. 116.

para que faça o pagamento), mas que, com o mecanismo condicional, passa a ser também do subcontratado.

Há, sem dúvida, uma série de nuances que o mecanismo condicional (essa expressão mais *lata* parece adequada) suscita nos negócios jurídicos em geral, abrindo flanco para uma série de investigações de nítido interesse prático.

7 A fase de pendência sob uma perspectiva colaborativa

Ainda no capítulo que trata do lugar da condição na prática contratual, faz-se aqui uma provocação, ponderando a possibilidade de encarar a fase de pendência sob uma perspectiva mais rica, prática que, como visto, vem sendo aceita em outros países. Nessa perspectiva, além da obrigação negativa da fase de pendência, existem outras, informadas pela cláusula geral da boa-fé objetiva. Diante dessa perspectiva, busca-se uma aproximação com as teorias colaborativas e relacionais⁸⁶³.

Assim, é preciso divisar duas frentes de observação, de maneira que se possa analisar corretamente o problema: (i) o fato condicionante é neutro e, portanto, sua eclosão está fora do âmbito do direito obrigacional, não se perquirindo, em princípio, de culpa ou dolo; (ii) no entanto, a fase de pendência em si mesma (que obviamente não se confunde com o fato condicionante) possui deveres que lhe são próprios, derivados da própria razão de ser da fase de pendência, da essência de seu programa específico que é o de não interferir na incerteza do fato condicionante, diminuindo ou aumentando artificialmente sua álea, muito menos, diminuindo o valor ou a utilidade do direito expectado, conectando-se evidentemente ao bem objeto da prestação.

É exatamente nessa segunda dimensão que incide a boa-fé objetiva, cada vez com mais força, inclusive impondo, a nosso ver, uma interpretação sistemática do artigo 129 do

⁸⁶³“A teoria relacional preconiza uma análise fundada em uma racionalidade material – que demanda explícita e consciente valoração da norma pelo intérprete – em detrimento da racionalidade formal, que se limita à subsunção dos fatos a padrões preestabelecidos de modo rígido e mais preciso pelo legislador.” CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. *O contrato de distribuição: uma análise à luz da teoria relacional*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 109. O fenômeno dos contratos relacionais dialoga com a desverticalização dos grupos empresariais e a ascensão dos contratos de colaboração. Nesse ponto: “[...] busca-se mais a disciplina de questões futuras. Ou seja, o negócio não visa a estabelecer apenas regras sobre trocas, mas balizar a relação entre as partes.” FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, cit., p. 120.

Código Civil, comunicativa com os artigos 113 e 187 do mesmo diploma.⁸⁶⁴, a nosso ver, dentre outras consequências, aquela de uma interpretação sistemática do artigo 129 do Código Civil⁸⁶⁵.

Essa influência da boa-fé objetiva, a força da incerteza dentro do programa específico do negócio condicionado, gera uma união das partes figurantes **pela e na** incerteza, o que chama à mesa a possibilidade de uma visão relacional desse negócio enquanto tal. A incerteza programática, na etapa de declaração contratual, leva a contratar sob condição, une os contratantes (ainda que o interesse na condição seja unilateral). Pela incerteza, unindo propósitos para mesmo assim contratar, usam o mecanismo condicional. Já na fase de pendência, após a declaração negocial, exatamente por conta das obrigações existentes vinculadas à preservação do fato condicionante, a sua incerteza e à inteireza do direito expectado, mais ainda enriquecida pela cláusula geral de boa-fé objetiva, há uma união dos figurantes na incerteza. O negócio sob condição é, sob determinado ângulo, uma forma colaborativa em que os figurantes contratam, malgrado a incerteza e a futuridade de determinado fato essencial para um ou para ambos. Destarte, nos termos do que predica a doutrina, o regramento não é só a propósito de uma troca, mas de uma etapa singular do *iter* contratual, denominada fase de pendência. Essa etapa pode conter especificações das partes, mas, regra geral, já possui o regime apostado na lei.

De tudo, o certo é que quem contrata sob condição, não estabelece regra apenas para a troca, mas, sobretudo, quer garantir-se a respeito da utilidade dessa. A ideia de colaboração, então, parece bastante evidenciada, inclusive a propósito de um alcance diferenciado da boa-fé objetiva.

A fase de pendência alonga o contrato, mesmo que não seja pela reciprocidade e reiteração de prestações de parte-à-parte, mas, pela existência de deveres próprios da preservação da incerteza da integridade das razões da outra parte, ainda que antes do advento da condição. Essas obrigações não estão em estado de latência, como aquelas vinculadas ao direito expectado, já se divisou que o direito expectativo é aparelhado de pretensão, pelo que os deveres daí derivados são perfeitamente eficazes.

⁸⁶⁴Esse é um ponto emblemático, pelo que se retoma. Nesse sentido, apontando posição aqui adotada: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 258-259.

⁸⁶⁵Esse é um ponto emblemático, pelo que se retoma. Nesse sentido, apontando posição aqui adotada: *Id. Ibid.*, p. 258-259.

Sobre o conceito de contrato relacional, Ruy Pereira Camilo Júnior aponta primeiro seu oposto, o contrato descontínuo. A diferença entre um e outro, como soa evidente, é que a descontinuidade caracteriza-se pela separação do negócio “de qualquer outra relação, anterior ou posterior, entre as partes”⁸⁶⁶. Naturalmente, todo contrato, já pressupondo o contato social, possui “laivos relacionais”⁸⁶⁷.

No entanto, a transposição desse modo de ver os contratos para a fase de pendência, não parece ser possível. A começar porque, nos contratos relacionais, com ênfase na cooperação, há “deslocamento do foco do momento da formação do contrato para o de sua execução”⁸⁶⁸. Já no negócio jurídico condicionado, a fase programática antecipa uma incerteza, introjetando-a na estrutura preceptiva do negócio. O deslocamento é inverso, segundo nos parece; a fase de execução (especialmente nos casos citados da condição de adimplemento) é trazida, na sua álea, para o momento programático da declaração contratual.

Outro ponto: o contrato relacional tem como características, fundamentalmente, a “flexibilidade, a exigir continua cooperação”; “limites à presentificação”; “interdependência”; “extensão e ampliação da boa fé”. Desses elementos, compendiados por Pereira Júnior⁸⁶⁹, a flexibilidade, os limites à presentificação e a interdependência apresentam problemas para o transporte à realidade da fase de pendência, a começar pela **flexibilidade**, uma vez que o contrato no negócio condicionado não é mera moldura, não há a plasticidade dos contratos incompletos, existe, isso sim, o regime de preservação da futuridade e a incerteza que, se não previsto no contrato, conta com textual tipificação legal.

Por outro lado, a questão dos denominados **limites à presentificação** também não se faz presente. Naturalmente, há um limite típico do fato condicionante, vinculado à futuridade e a incerteza, mas é só. O limite referente aos contratos relacionais é mais do que isso, consistindo em visões parciais “que se erodem e sucumbem, sendo substituídas por outras, ao longo do relacionamento”⁸⁷⁰. Quer dizer, então, metaforicamente que, “em um contrato descontínuo, tenta-se a presentificação total, e o Direito funciona como um projetor de slides com apenas um slide. Já no contrato relacional, sucedem-se as antecipações do futuro, projetando-se sem parar, como se fosse um filme”⁸⁷¹. Pois então, aproveitando a figura, no

⁸⁶⁶CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. *O contrato de distribuição: uma análise à luz da teoria relacional*, *cit.*, p. 111.

⁸⁶⁷*Id. Ibid.*, p. 112.

⁸⁶⁸CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. *O contrato de distribuição: uma análise à luz da teoria relacional*, *cit.*, p. 114.

⁸⁶⁹*Id. Ibid.*, p. 115 e ss.

⁸⁷⁰*Id. Ibid.*, p. 116.

⁸⁷¹*Id. Ibid.*, p. 116.

negócio condicionado há três slides possíveis, *conditio pendente*, *conditio existit* e *conditio deficit*. A sucessão de cenários, em suma, não é tão variegada como no contrato relacional. Aliás, a variação que existir deve ser fruto do elemento **casual** da condição, mesmo na condição simplesmente potestativa, e nunca da atividade das partes.

Avançando, no que tange à **interdependência**, embora unidos pela incerteza, os figurantes não chegam a estabelecer um relacionamento de trocas, que faça com que ajam como uma unidade, frente a interesses externos. Isso, muito embora presente, em alguma medida, é um dever de cooperação agravado para fazer íntegras as razões da outra parte. Porém, segundo se constata, é mais uma questão de grau. Não existe como que uma aliança em produção de efeitos típicos do contrato, como em uma relação de distribuição, ou em um contrato de *know-how*. A unidade, no caso, é restrita à preservação dos interesses da parte contrária, no que toca, em um primeiro nível, ligados à natural casualidade do fato condicionante e, em um segundo nível, ligados à conservação da utilidade, da indenidade patrimonial do direito expectado, enfim, do seu objeto⁸⁷².

Sob esse modo de ver, ainda que com nomenclatura diversa, o contrato colaborativo apresenta maior possibilidade de aderência ao que se pretende, um enquadramento mais específico e atento aos detalhes da fase de pendência, entendida como uma etapa específica de um programa contratual próprio, para além daquele do negócio puro e simples, contendo as variáveis de futuridade e incerteza, além da seletividade de interesses concretos dos figurantes, dentro das fronteiras do programa contratual próprio.

No entanto, o ponto de ligação fica por conta da **ampliação da boa-fé objetiva** e do elemento não promissório derivado disso. Ou seja, há uma ampliação da tutela dos interesses na fase de pendência, sobretudo pela força expansiva da cláusula geral de boa-fé, o que não precisa constar diretamente da declaração negocial⁸⁷³, como se constatou com a presença dos *implied terms*, para a fase de pendência a partir da *common law*. No entanto, apenas um elemento de ligação é muito pouco para a transposição da racionalidade relacional para a fase de pendência.

Em suma, se é certo que não se pode dizer que a teoria dos contratos relacionais é aplicável aos contratos sob condição, já que é fundamental a troca ou a reiteração de trocas para fazer presente a figura, por outro lado, não é despropositado frisar que o relacionamento

⁸⁷²Remissão ao subitem 3.2.3 “Mecanismos de tutela”, do subitem 3.2 “Pendência da condição suspensiva”, do capítulo III, do presente trabalho.

⁸⁷³CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. *O contrato de distribuição: uma análise à luz da teoria relacional*, *cit.*, p. 119.

construído durante a fase de pendência da condição pode ser muito mais do que o cumprimento automático de uma obrigação negativa de não interferência.

Ressumbra, assim, a feição colaborativa, vedando o comportamento oportunístico, com uma visão mais completa da cláusula geral de boa-fé nessa etapa singular do negócio condicionado, denominada fase de pendência. Nesse sentido, as próprias operações de fusões e aquisições, com seu diferimento entre a fase do *signing* e do *closing*, demonstram a insuficiência da simples obrigação de se abster para compreender a realidade econômica subjacente, qualificando-a de maneira adequada.

Há uma relação estabelecida entre as partes, um comum acordo na fase programática, a respeito de uma incerteza que foi alçada ao patamar de condição-cláusula e que evoca um nível de boa-fé, sobretudo na perspectiva informacional, acima do padrão. Mesmo para o caso de condição unilateral, o interesse é apenas de um dos figurantes; porém, a dinâmica que se estabeleceu, por envolver ambos os polos, exige um nível de comportamento no que tange à preservação dos interesses da contraparte que aproxima a fase de pendência do prisma relacional, especialmente, repita-se, em relação ao aspecto de proteção mútua das expectativas geradas. Sobre a faceta colaborativa, que pode ser um prisma para ver a fase de pendência, vale observar que as áleas dos figurantes são distintas, uma vez que o fato condicionante tem para cada polo repercussões diferentes, conforme a condição seja suspensiva ou seja resolutiva; no entanto, há um elemento de união de esforços no qual a incerteza foi enfrentada de molde a viabilizar a concretização do negócio, sob o preceptivo hipotético “se”, como forma de manipular parcialmente os efeitos típicos do contrato e de alocar riscos.

Inclusive, é bom que se diga, a incerteza é enfrentada, aliviando custos de transação⁸⁷⁴ porque, sem a condição, o contrato sequer seria efetuado, na exata esteira da ideia ponteana de que pela condição “o que não se quereria, sem auxílio de hipótese, pode ser querido”.

Sobredita constatação demonstra uma aliança para a consecução da finalidade contratual, à parte o elemento da incerteza, como forma de permitir a contratação mesmo em um contexto de falta de todos os dados informacionais que permitiriam a contratação pelo regime puro e simples. Essa união de esforços apoia-se, então, sobretudo na fase de pendência, em um dever de colaboração mútuo.

⁸⁷⁴SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: Humberto Ávila (Org.) *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 320.

CAPÍTULO VI. RETROSPECTO E APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CONSERVATIVAS

Na etapa derradeira, este trabalho tem três objetivos diferentes: (i) refletir sobre a conservação do direito na fase de pendência; (ii) refletir sobre o sentido e alcance do artigo 130 do Código Civil à luz das premissas estabelecidas no trabalho e, sobretudo, a partir do papel que a condição, enquanto elemento subjetivamente essencial, exerce no negócio jurídico; (iii) depois, dividindo as medidas de conservação entre aquelas de direito material e as de direito processual, analisar sua articulação a partir da relevância prática e recorrência.

Busca-se ainda, estabelecida a premissa de que o direito expectativo é direito subjetivo aparelhado com pretensão, analisar a posição de terceiro juridicamente interessado do credor condicional. Essa é uma questão tipicamente processual que, no entanto, encontra lugar aqui, uma vez que versa sobre medidas de conservação no negócio condicionado, um tipo de enquadramento que convida a uma ponderação sobre esse problema prático acerca da extensão do interesse de agir do titular do direito expectativo enquanto tal, quer dizer, o credor condicional. Em especial sua atuação diante da inoperância daquele que titulariza ainda o direito expectado, o devedor condicional, na sua defesa. Esse problema afim com o conceito de legitimação extraordinária revela um aspecto obscuro da matéria, que deve ser enfrentado, por suas evidentes repercussões no cotidiano das lides forenses.

Por fim, aborda-se o **ficcionamento** da condição como forma de tutela de direitos que o próprio sistema oferece, um enfoque que não é tratado na nossa literatura especializada – aliás, o tema do implemento fictício da condição é de modo geral pouquíssimo versado entre nós. Todavia, segundo nos parece, a discussão a propósito do artigo 129 do Código Civil ainda está para ganhar importância, especialmente quando se pensa nos já referidos contratos de fusão e aquisição de companhias, negócios faseados por excelência.

1 O que significa conservar um direito?

A ideia sobre o que é conservar um direito, para ser precisa, deve considerar que o direito é um sistema complexo de segunda ordem. Significa dizer que o direito, enquanto

sistema que agrega elementos heterogêneos ordenados entre si verticalmente (hierarquia) e horizontalmente (coordenação), “está em função do sistema maior, o social”⁸⁷⁵.

Com isso, conservar um direito é conservar um potencial de transformação no plano jurídico, porque o direito subjetivo aparelhado de pretensão **movimenta** as relações jurídicas por sua força de coerção, impelindo o obrigado a agir e, na falta de sua atuação, pelo exercício do direito de ação, interpondo o Estado para que o obrigue ou resolva o caso em perdas e danos. Naturalmente que o direito subjetivo, elemento do sistema de segunda ordem, é ferramenta de algo maior: a possibilidade de ação social porque quem tem juridicamente a possibilidade de exigir de outrem alguma coisa, não o quer fazer por um motivo exclusivamente jurídico, mas sim por um interesse, e a satisfação desse interesse se dará no plano dos fatos, da ação social para o atendimento daquele.

É raro um interesse exclusivamente jurídico. O interesse, como se viu, é relação de necessidade entre o sujeito e o objeto necessitado, que pode ser objeto tangível ou uma atuação de outrem (obrigação de fazer).

Em suma, conservar um direito é conservar uma possibilidade de satisfação de um interesse. O direito subjetivo relaciona-se, pelo menos em alguma medida, com o problema da escassez. Ora, quem tem direito subjetivo, tem interesse sobre algo ou alguém que precede todos os demais, naquilo que a pretensão do direito circunscreve. O direito subjetivo, então, é a medida da divisão jurídica dos recursos escassos. Quem tem direito, tem em exclusão dos demais.

No âmbito do que interessa ao presente trabalho, conservar um direito é conservar uma possibilidade de satisfação do interesse, para o caso da condição se implementar. Os níveis dessa conservação, como também já se visualizou, podem atinar com duas camadas diferentes: (i) a conservação da incerteza enquanto tal, fundamentalmente pelo viés da obrigação negativa, somando-se ao dever de cooperação para manter as razões da parte contrária, já com base na cláusula geral de boa-fé; e (ii) a conservação da utilidade e higidez do objeto futuro contido no direito expectado.

Os mecanismos de conservação, portanto, relacionam-se com a correta evolução do fato condicionante, impedindo a interferência indevida dos figurantes, fundamentalmente pela via de uma obrigação negativa. Mas, não só, também haverá, como visto, uma obrigação

⁸⁷⁵JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *In*: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27.

positiva, construída por via de um dever de cooperação, na fase de pendência, facilmente explicável.

À medida que o mecanismo condicional passa a aderir a novas formas contratuais, muitas delas, desde logo, repletas de vieses colaborativos (sem adentrarmos nas teorias a respeito), fica muito fácil demonstrar um alargamento dos deveres na fase de pendência: em um contrato fásico, como o de aquisição de participação societária, em que há todo um *iter* avaliativo somente para, no final, precificar a compra e venda, o certo é que novos elementos entram em linha. Especialmente, no caso da cláusula de *earn-out*, quando o vendedor ainda permanece na sociedade, em cargo diretivo, auxiliando no atingimento de metas. De parte a parte, essa é uma situação rica de possibilidades, inclusive por conta dos eventuais conflitos de interesse que suscita.

O mesmo vale para um contrato de aliança, com condição suspensiva de aporte de capital na dependência de fato futuro e incerto relacionado ao atingimento de determinados resultados, por exemplo, em uma prospecção de minérios. Assim, a condição, seja pela natural evolução do estado da matéria, com a influência direta da boa-fé objetiva, seja pela singularidade do próprio negócio condicionado, exige que a doutrina revise a fase de pendência de maneira mais minuciosa e crítica, porque há uma repercussão prática e uma possibilidade conflitiva nessa etapa a demandar esse tipo de atenção.

O reflexo dessa análise mais rica das obrigações em fase de pendência, põe em perspectiva, por consequência lógica, a análise das medidas de conservação.

A questão da legitimação para agir também deflui desse debate. Pois, uma coisa é a medida conservativa direta, para impedir o descumprimento de uma obrigação negativa cujo resultado é a interferência na conatural incerteza do fato condicionante; outra coisa, muito diferente, é mover uma ação de conservação do objeto de sua prestação sem ter o direito expectado.

Há um sugestivo mote para investigações não apenas de direito privado, como também de direito processual civil. Afinal, essa dupla camada, primeiro ligada ao fato condicionante e à fase de pendência diretamente e, depois, ligada ao resultado econômico condicionado e a aspectos posteriores à pendência, já com projeções sobre a utilidade no cenário de condição realizada, suscita proveitosa discussão acerca dos limites da atuação do credor condicional.

2 Panorama geral das medidas de conservação de direitos no Direito Brasileiro

Situar um panorama geral das medidas de conservação de direitos passa por dois níveis (pelo menos): (i) a observação do direito das garantias das obrigações de um modo geral e (ii) as espécies de tutela processual existentes no sistema de defesa dos direitos (o que exige uma incursão na seara processual).

Vale, então, anotar que a conservação assume uma perspectiva de direito material, vinculada ao objeto de direito e também uma perspectiva de direito processual, em que a substitutividade da jurisdição atua para preservar os interesses juridicamente tutelados.

No primeiro plano, as garantias de direito material, no segundo plano, o leque de medidas processuais postas à disposição do jurisdicionado.

As garantias são um reforço, por meio de uma dada situação jurídica, na realização da expectativa de cumprimento da prestação da obrigação pelo devedor, cujo grande denominador comum é a coerção concentrada para forçar o devedor a agir ou a dar uma opção viável de atingir seu patrimônio. Ou seja, “a garantia consiste no conjunto de providências coercivas que o direito predispõe para tutela da posição do sujeito activo”⁸⁷⁶.

Segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, o primeiro grande reforço, garantia pessoal geral das obrigações, é o próprio patrimônio do devedor; em segundo lugar, as garantias especiais pessoais; e, por fim, as garantias de direito real⁸⁷⁷. Todavia, Leitão também destaca que a matéria passa por franca evolução, sobretudo diante do crescimento das garantias especiais atípicas, isso a partir da própria classificação por ele proposta⁸⁷⁸.

O fato é que, atualmente, inclusive com a importação de determinadas cláusulas oriundas do Direito Anglo-Saxão, o contrato está repleto de cláusulas procedurais ou reflexivas, as quais já trazem previsões de decidibilidade para o conflito. É exatamente nessa proceduralização que as garantias fogem ao padrão de busca pelo patrimônio do devedor, seja por meio da garantia geral do artigo 391 do Código Civil⁸⁷⁹, das garantias especiais pessoais ou

⁸⁷⁶ “[...] a garantia consiste no conjunto de providências coercivas que o direito predispõe para tutela da posição do sujeito activo.” COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 154.

⁸⁷⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 14-15.

⁸⁷⁸ *Id. Ibid.*, p. 309 e ss.

⁸⁷⁹ Ao que se somam os seguintes artigos também do Código Civil: “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e se a ofensa tiver mais de um autor todos responderão solidariamente pela reparação”. “Art. 957. Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum.”

das garantias especiais de direito real. O foco, então, está menos no patrimônio do devedor e mais na realização mesmo da prestação, sua viabilidade econômica enquanto tal.

As garantias especiais atípicas representam uma coerção, como visto em Silva⁸⁸⁰, e podem referir-se à utilização indireta de institutos do direito civil como reforço de uma posição do credor, ou então, como cláusulas de garantia no próprio contrato. São consideradas garantias especiais atípicas ou indiretas, dentre outras, a exceção de contrato não cumprido, a compensação como garantia e o contrato-promessa de garantia⁸⁸¹. Outras formas surgem com as cláusulas de garantia, estruturadas no próprio contrato, tais como a cláusula *negative pledge*, a *pari passu* e a *cross-default*⁸⁸².

Especificamente, a cláusula *cross-default* traz indagações que devem ser feitas, pondo em relevo a função de garantia do mecanismo de condicional. Ela é um mecanismo de coligação contratual, por via de uma condição resolutiva, como reconhece a doutrina, porque é de sua estrutura a determinação de que o obrigado estará em situação de falha sempre que descumprir obrigações em outros contratos. Não se pode negar que exista coligação voluntária uma vez que o efeito de inadimplemento de um outro contrato irradia-se por via da cláusula *cross-default*, fazendo com que o obrigado esteja em situação de falha (*default*) por conta do descumprimento ocorrido fora daquele particular contrato⁸⁸³.

Interessa, ainda, reforçar que essa situação projetada pela cláusula *cross-default*, no final das contas, implica uma *condizione di inadempimento*, pois, o descumprimento em outros contratos é deduzido como condição resolutiva daquele em que aposta à cláusula. O inadimplemento aciona a cláusula condicional que representa então evidente garantia, pois ela determina que o descumprimento em um contrato, perante um dos credores, gere um efeito cascata em outros contratos, “permitindo a reacção imediata de todos os outros

⁸⁸⁰SILVA, João Calvão da *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 201 e ss.

⁸⁸¹Todos os institutos que, em alguma medida, trazem como efeito atípico uma melhor posição para o credor, gerando um efeito coercitivo. Por exemplo, a exceção de contrato não cumprido gera um efeito coercitivo defensivo, como se vislumbrou, porque condiciona a exigibilidade da prestação de um dos figurantes ao cumprimento daquela que ao outro cabe. Ainda: “A compensação possui igualmente uma função de garantia das obrigações, na medida em que, para além de facilitar a extinção dos créditos, evitando a realização dos pagamentos, assegura ao credor um meio suplementar de realização do seu crédito, já que ela pode ser extinta, não apenas pelo pagamento, mas através da declaração de compensação com o contra-crédito que sobre ele tem o devedor.” LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, cit., p. 311-312.

⁸⁸²*Id.* *Ibid.*, p. 313-318.

⁸⁸³“A peculiaridade da cláusula de *cross default* está no fato de que o ‘inadimplemento’ eleito como condição resolutiva não está no contrato onde está a cláusula, mas sim em outro, o que funciona, como já mostramos, para reduzir o risco sofrido por um dos credores envolvidos na operação econômica considerada do ponto de vista global, ou mesmo para garantir resultados adequados do ponto de vista negocial em outros.” KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*, cit., p. 108-109.

credores”⁸⁸⁴. De tal sorte, essa cláusula funciona como incentivo a correta adimplência, uma vez que interessa ao obrigado cumprir o que lhe cabe, inclusive em razão do receio das consequências junto a outros contratos e outros credores. Esse receio, estruturado por essa coligação contratual em formato condicional, é um estímulo poderoso ao cumprimento das prestações.

Sobre o reconhecimento da cláusula *cross-default*, no âmbito da jurisprudência, especialmente em ambientes de paridade, ela é qualificada como lícita⁸⁸⁵.

Essa cláusula e seu debate, sua estrutura condicional, auxiliam a posicionar a condição como um mecanismo de coerção extremamente fecundo para a garantia indireta dos contratos e demonstram que, muitas vezes, sem nem sequer utilizar do *nomen* condição, as figuras utilizadas no contrato são condição ou se reconduzem àquele regime jurídico.

Mais ainda, não há dúvida de que a influência do comércio internacional, das modernas estruturas contratuais, cada vez mais minuciosas, especialmente no que concerne aos riscos envolvidos, dão um novo relevo, um novo protagonismo a esse elemento do negócio jurídico, a partir de novos e ricos vieses. Decerto que esse modo de ver impacta também no debate das medidas de conservação na fase de pendência, o que se procurará desbastar.

Em suma, a condição-cláusula pode, a depender do seu uso, posicionar-se como garantia pessoal atípica, dentro da estruturação de um dado programa contratual.

Ainda sobre as medidas de conservação, se por um lado, conservar obviamente remete ao processo e a suas espécies de tutela, sobretudo as tutelas de urgência (art. 300, CPC), por outro, diante dos novos mecanismos contratuais que buscam tanto quanto possível criar elementos de desjudicialização – verdadeira **fuga do juiz** na expressão de Antonio Junqueira de Azevedo⁸⁸⁶, assim por exemplo com as denominadas garantias autoexecutáveis

⁸⁸⁴LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações, cit.*, p. 315.

⁸⁸⁵TJSP, Apel. Cível n. 1053072-41.2021.8.26.0100, 15ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Achile Alesina, j. 11.04.2023; TJSP, Apel. Cível n. 1040756-06.2015.8.26.0100, 12ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Jacob Valente; TJSP, Apel. Cível n. 1022900-29.2015.8.26.0100, 17ª Câmara. Dir. Privado, rel. Des. Paulo Pastore Filho, j. 18.04.2017.

⁸⁸⁶JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O Direito pós-moderno e a codificação. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 59. Sobre o tema, interessante ainda observar que, desde uma perspectiva do direito processual civil, há uma discussão importante a propósito do debate sobre a concepção tradicional de jurisdição, inclusive por conta do crescente fenômeno da execução extrajudicial. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camoli; YARSHELL, Flávio (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. Passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 436.

–, é certo também que as denominadas medidas de conservação podem se referir a mecanismos de direito material.

Desdobrando esse raciocínio, a propósito da busca de defesas de direitos fora do âmbito judicial, obviamente por conta de suas vicissitudes, Filipe Antônio Marchi Levada fala em um “direito subjetivo de ver satisfeito extrajudicialmente direito subjetivo”⁸⁸⁷. Essa visão soma-se à própria raiz da autonomia privada e da liberdade inerente à utilização atípica dos institutos jurídicos em direito privado, para fins de visualização das funções do mecanismo condicional.

Acerca do momento atual do direito das garantias, impende então lembrar que a questão da função, tão cara à certa visão do direito, é utilizada com razão para divisar institutos que, naturalmente, não se reconduzem às garantias clássicas, mas, mesmo assim, seu uso pode gerar um efeito garantidor coercivo. São garantias funcionais⁸⁸⁸. Essa é uma tendência de inegável presença nos dias que correm.

3 O sentido e o alcance do artigo 130 do Código Civil brasileiro

Fixar o sentido e o alcance da norma significa dar-lhe a direção e a profundidade de atuação na vida concreta, no tecido social. Pois então, nessa linha, é preciso perguntar: qual a diretiva que emerge do artigo 130 do Código Civil? Qual sua profundidade, considerando que se trata de um direito instrumental, o direito expectativo, cujo sentido e o proveito econômico existem em função do direito expectado?

Para responder essas perguntas, deve-se observar que o próprio artigo refere-se ao denominado **direito eventual**, cujo equivalente técnico é o direito expectativo aparelhado de pretensão, instrumental em relação ao direito expectado.

Isso ajuda a estabelecer a linha diretriz do artigo 130 do Código Civil. Naturalmente que a *sedes materiae* do referido dispositivo propõe uma perspectiva de direito material, no entanto, é da nossa tradição compreender a expressão **medidas de conservação** como referindo providências de direito processual. Uma remissão histórica válida é a de Carlos Augusto de Carvalho, em seu “Direito Civil Brasileiro Recopilado”, que cataloga as medidas de conservação de direitos, no seu artigo 332: medidas como o protesto, a retenção, o arresto

⁸⁸⁷LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Garantias autoexecutáveis*. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 39-40.

⁸⁸⁸*Id. Ibid.*, p. 55.

e o sequestro. Ou seja, medidas de direito material e processual englobadas, por sua função tuitiva, em um mesmo dispositivo⁸⁸⁹.

Destaca-se também o processualista Alfredo de Araújo Lopes da Costa que trata as medidas preventivas como gênero de que seriam espécies as medidas preparatórias e as medidas de conservação em senso estrito⁸⁹⁰. As medidas preparatórias tutelando a utilidade de ulterior providência processual; as conservativas tutelando o direito em si (um antecedente da antecipação dos efeitos da tutela)⁸⁹¹.

Aliás, não é incomum a presença de previsões de direito processual no Código Civil e vice-versa, tal como lembra Barbosa Moreira, trata-se das denominadas regras heterotópicas⁸⁹², há diversas delas no Código Civil. Apenas ilustrando a interpenetração entre direito material e direito processual, sublinhe-se, em primeiro lugar, as disposições sobre provas dos artigos 212 a 232 do Código Civil⁸⁹³.

Retomando o artigo 130 do Código Civil, para sua correta compreensão deve-se, como enfatizado diversas vezes, divisar o direito expectativo do direito expectado; no entanto, embora sempre presente o direito instrumental, haverá medidas protetivas da própria incerteza em si mesma e medidas protetivas do objetivo final do credor condicional, o direito expectado.

Outro ponto fundamental para compreender o alcance do dispositivo é que o direito expectativo é dotado de **patrimonialidade**. Em termos já afirmados, o direito expectativo integra, para todos os fins, o patrimônio de seu titular, e sua instrumentalidade não lhe retira a patrimonialidade, aliás, como acontece com um direito real em garantia que, embora instrumental, integra desde pronto o plexo de direitos do credor titular da garantia, pode ser objeto de sucessão hereditária, é transmissível *inter vivos* e, por decorrência lógica, pode ser penhorado⁸⁹⁴. O artigo 125 do Código Civil deve ser bem compreendido e não elimina a patrimonialidade do direito expectativo, inclusive por força da salvaguarda que possui contra lei nova, pondo de manifesto sua importância e sua autonomia em relação ao direito expectado. Sua existência (do direito expectativo, direito a adquirir direito sem perturbação

⁸⁸⁹CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado, ou, Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1899. p. 111.

⁸⁹⁰COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias; medidas de conservação*. Belo Horizonte: Livr. Bernardo Álvares Editora, 1956. p. 14 e ss.

⁸⁹¹*Id. Ibid.*, p. 158.

⁸⁹²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e o direito processual. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 16, p. 102, 2002.

⁸⁹³Mesmo com as revogações dos artigos 227, *caput*, 229, 230 da Lei n. 13.146, de 2015.

⁸⁹⁴Sobretudo à luz do artigo 835, XII e XIII, do CPC. Nessa linha: TJSP, Agr. Instr. N. 2015884-44.2017.8.26.0000, 22ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Alberto Gosson, j. 22.06.2017.

de outrem, uma vez efetivada a condição) já é um valor em si. Se já há vontade declarada, já há conteúdo preceptivo delineado e a contraparte já tem obrigações negativas e positivas derivadas do negócio condicionado, isso tem valor econômico. Tanto quanto uma dívida garantida vale mais do que uma dívida sem garantia.

Por conseguinte, o direito expectativo é interino porque irá ser substituído por outro, ao final, o direito expectado. Mas, nada falta para sua formação, enquanto direito subjetivo armado com pretensão. E se nada falta, a proteção do que se refere como direito eventual ocorre de modo completo para os direitos subjetivos em geral, no plano de direito material e no plano de direito processual. Deste último, inclusive, impende destacar a ênfase que a tutela jurisdicional tem recebido, como eixo metodológico da teoria geral do processo⁸⁹⁵.

Essa visão enriquecida da tutela jurisdicional, afastando os mecanismos de tutela da tipicidade de outrora, apontando, dentre outras coisas para a fungibilidade de meios de defesa dos direitos, também é validamente manejada para a correta compreensão do alcance do artigo 130 do Código Civil, eis que é dispositivo de dupla feição, com reflexos de direito material e de direito processual, sobretudo no que concerne à avaliação ligada ao interesse e a legitimidade, ambas condições da ação (art. 17, CPC). Essa concepção, entendendo o direito expectativo completo em sua estrutura de direito subjetivo e atentando a sua função de salvaguarda do direito expectado, embora autônomo e independente dele, deve pautar a leitura que se faz do artigo 130 do Código Civil, com amplo alcance prático a respeito das medidas que poderão ou não ser manejadas pelo credor condicional.

Qualquer medida que guarde nexos de causalidade com o fato condicionante ou com a resultante de seu acontecimento pode ser manejada.

Já Nehemias Gueiros, sob o paradigma do Código Civil de 1916 e a leitura que se fazia então do artigo 121 daquele diploma, via com naturalidade a possibilidade de que o credor procedesse vistorias, exames, arbitramentos sobre o bem, além da possibilidade de fazer protestos, notificações, interpelações judiciais, ajuizar ações e, inclusive, “intervir como assistente, nas causas em que seja parte o devedor da obrigação condicional, e em que esteja em discussão o objeto desta”, além das possibilidades de pleitear fiança, penhor ou hipoteca em garantia da obrigação condicional⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil, *cit.*, p. 445 e ss.

⁸⁹⁶GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil*, *cit.*, p. 154.

Ainda sobre o dispositivo, Eduardo Ribeiro de Oliveira destaca a utilização da ação declaratória como medida de conservação⁸⁹⁷, o que se afigura útil, já que essa declaração serve para dissipar incertezas tanto sobre a relação obrigacional sob condição quanto sobre o próprio fato condicionante em si.

Também José Augusto Delgado reprisa doutrina e arrola os atos próprios à conservação do direito, dentre eles a caução, protesto, pedido de falência do devedor, constituição em mora⁸⁹⁸.

Em suma, o artigo 130 do Código Civil, sob a designação **direito eventual**, abarca duas realidades diferentes e autônomas, embora ligadas por um elo de funcionalidade, o direito instrumental expectativo e o direito final expectado. Ambos estão abarcados pelo dispositivo e ora pode-se defender o mero transcurso normal da pendência livre de interferências, ora pode-se defender o próprio direito ao final visado com o implemento da condição, tanto no plano material quanto no plano processual.

O negócio condicionado pode ter seus efeitos tutelados por todos os ângulos pelo interessado, desde que não reflita intervenção abusiva ao exercício do atual titular do direito na fase de pendência: é esse o limite das medidas de conservação. Vale notar entretanto que, enriquecidos pela boa-fé objetiva, os atos do atual titular sofrem limites de coerência severos, diante do negócio condicionado que livremente firmou, tanto quanto se pode argumentar com o alargamento dos limites para medidas de conservação.

4 Medidas de conservação de direito material

A mais recente sobre a sistematização das medidas de conservação, no âmbito brasileiro, foi feita por Martins-Costa, que dividiu sua abordagem tomando por base as posições dos figurantes: do expectante, do expectado e de condutas ilícitas por parte de terceiros⁸⁹⁹.

⁸⁹⁷OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo: (arts. 79 a 137)*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2, p. 352.

⁸⁹⁸DELGADO, José Augusto. *Comentários ao Código Civil brasileiro: dos fatos jurídicos*. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2, p. 427-428.

⁸⁹⁹MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 99 e ss.

Aqui, a opção foi tratar das medidas de direito material e de direito processual separadamente, até porque essa questão da posição dos figurantes já foi abordada anteriormente, de maneira minuciosa, quando tratamos da fase de pendência.

Dito isto, da perspectiva do direito material, impende salientar pontos que observam o programa contratual do negócio condicionado, exatamente com base na ideia central de não interferência indevida (obrigação negativa) no fato condicionante. Assim, pode haver reforços contratuais e obrigações textualmente sublinhadas no contrato, inclusive do que se considera uma interferência maliciosa ou não.

Nada impede que se estipulem obrigações – ou até que se excluam algumas textualmente – na fase de pendência, como forma de alocação de risco permitida pelo artigo 421-A, II, do Código Civil. Aliás, essa revalorização da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos em regime paritário incentiva mais e mais previsões contratuais também para a fase de pendência, com obrigações de parte a parte. Não custa reafirmar que o credor condicional não possui só direitos, também possui deveres, inclusive o de não interferir com o exercício lícito do outro durante a pendência.

A primeira medida de conservação, em atitude até certo ponto óbvia para quem contrata, é estabelecer no clausulado do contrato uma minudência maior sobre a fase de pendência. Pode-se imaginar, nesse sentido, a listagem de deveres específicos de proteção do bem, de deveres de informação sobre o fato condicionante, dentre outros.

São previsões que, ilustrando, densificando na verdade, a boa-fé objetiva naquele específico negócio, trazem uma base para o adjudicador em caso de necessidade de resolução de conflitos.

O primeiro mecanismo de conservação divisado é uma clássica ferramenta de coerção nos contratos em geral: a **cláusula penal**. Nada impede, na estruturação contratual da fase de pendência, a estipulação de uma série de obrigações, que, como visto, não precisam se limitar ao não fazer, suportadas ainda por uma cláusula penal. É, portanto, medida de direito material para conservar as obrigações estruturantes de uma fase de pendência mais colaborativa. Especialmente porque a função da cláusula penal, amplamente reconhecida, é a de prefixar danos e também de servir de estímulo ao cumprimento da obrigação. João Calvão da Silva qualifica-a como coerção ofensiva, estimando que ela funciona como meio de pressão sobre o devedor, quanto mais elevada seja a pena. Enfim, ao trazer uma onerosidade ao descumprimento, estimula o devedor a cumprir⁹⁰⁰.

⁹⁰⁰SILVA, João Calvão da *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 250.

No âmbito da doutrina brasileira, Christiano Cassetari também destaca a finalidade de estimular o devedor a cumprir a prestação a qual se obrigou, muito mais do que a questão da prefixação das perdas e danos⁹⁰¹. A cláusula penal é indutora de comportamento, o que, aliás, sempre se espera de toda e qualquer sanção.

Pensando desse modo, uma série de obrigações, em casos de condição suspensiva ou resolutiva, podem ser reforçadas pela aposição de cláusula penal. Assim, no exemplo da compra e venda da planta industrial sob condição suspensiva de obtenção de uma licença ambiental permitindo sua reativação, o contrato pode conter uma série de deveres cabíveis ao vendedor para auxiliar o credor na obtenção da licença, sendo que o descumprimento pode ser sancionado com cláusula penal. A cláusula, nesse caso, não está – como é o padrão no negócio puro e simples – tratando do direito expectado em si, mas de deveres de auxiliar, na fase de pendência, para que realmente aconteça o fato condicionante, futuro e incerto, da obtenção da certidão.

Outro mecanismo de direito material importante consiste nas **exceções substanciais**, perfeitamente aproveitáveis na hipótese. Naturalmente, na pendência ainda não há a presença dos efeitos típicos e nem se pode falar em prestações simultâneas, logo, a exceção de contrato não cumprido não se aplica⁹⁰². Mesmo assim, é possível divisar hipóteses de aplicação, no seguinte sentido: a exceção, como se diz, não discute propriamente o mérito da pretensão, mas lhe opõe um fato impeditivo que paralisa a pretensão da contraparte⁹⁰³. Um contradireito que, inclusive, poderia ser formulado como pretensão em ação própria. Assim, passando para a questão da boa-fé que, como se viu, é de invulgar importância na fase de pendência, sobretudo no que concerne ao fato condicionante, é possível visualizar hipótese para o manejo da *exceptio doli*, definida como uma forma de tratamento de exercícios inadmissíveis de direitos. Naturalmente, a avaliação na *exceptio doli* é influenciada pela ideia de dolo que, mais do que um contradireito, traz uma avaliação de mérito do direito alheio, fugindo à perspectiva meramente formal de opor um exercício de direito de sinal contrário⁹⁰⁴.

⁹⁰¹CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

⁹⁰²SERPA LOPES, Miguel Maria. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959. p. 271.

⁹⁰³Sobre a dificuldade de definir um conceito preciso: *Id. Ibid.*, p. 16-17. Nesse sentido, “O mais característico na exceção é ela implicar não a impugnação da pretensão, mas sua paralisação por factores de outra ordem de natureza adventícia. Compreende-se, por isso, a vocação da figura para regular o abuso do direito: perante este, não se alega o infundado da posição do autor; apenas se acrescenta um factor diverso – o abuso – que detém a pretensão.” MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil, cit.*, p. 720.

⁹⁰⁴MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil, cit.*, p. 720. Ainda, sobre o uso no direito comum, como defesa contra o exercício doloso de direito: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação, cit.*, p. 124.

Sendo assim, em um caso em que a fase de pendência já foi ultrapassada, porém, a condição foi maliciosamente levada a efeito pelo interessado, a parte prejudicada, quando da execução do contrato, pode argumentar defensivamente com a *exceptio doli*, concebida como “defesa contra o exercício doloso de uma pretensão, que, embora se envolva num invólucro de licitude [...], seu conteúdo é iníquo”⁹⁰⁵. Ora, se a matéria poderia, a teor do artigo 129 do Código Civil, ser articulada em ação, poderia, com mais razão, ser articulada como exceção de defesa em ação movida diante do prejudicado, exatamente por conta da quebra da boa-fé objetiva.

Pode-se, igualmente, imaginar o manejo da **exceção de insegurança** do artigo 477 do Código Civil. Ela também não exige a coetaneidade das prestações, o que é exigido pela tradicional *exceptio non adimpleti contractus*. Assim, ainda na fase de pendência, possível a exceção de insegurança para forçar que o outro figurante, que teve seu patrimônio significativamente diminuído, apresente garantia de que pode satisfazer a prestação que lhe cabe, caso a condição se cumpra. Vale notar que, nesse caso, em linha de princípio, deve-se observar a própria redação do dispositivo em comento: o artigo 477 fala em diminuição patrimonial, depois de concluído o contrato. O contrato sob condição é efetivamente concluído, mesmo antes do implemento da mesma, logo, não há razão para se pensar em restrição no manejo da figura da exceção de insegurança. Qualquer questão envolvendo o interesse de agir (art. 17, CPC) deverá ser avaliada à luz dos fatos da causa; assim, em teoria, é perfeitamente possível sustentar o manejo da figura. Máxime quando, por força da pressão exercida pela boa-fé objetiva, a fase de pendência vem cada vez mais assumindo uma conformação completada por múltiplos deveres.

Outro mecanismo útil, inclusive para obviar o risco de inadimplemento na etapa de cumprimento, posterior ao implemento da condição, é a conta *escrow*. O contrato de *escrow* caracteriza-se, então, como uma garantia em poder de terceiro, que somente poderá ser acessada em conjunto pelas partes, desde que ocorrida determinada situação. Essa é uma forma de proteção para a liquidação da obrigação, uma vez ultrapassada a fase de pendência.

A esse respeito, a operação de *escrow* é bastante comum nas operações de fusões e aquisições, exatamente pelo diferimento das fases, em compras e vendas desse jaez, já referido o problema complexo da avaliação dos ativos. Mesmo na hipótese do *earn-out*

⁹⁰⁵TJSP, Apel. Cível n. 1009651-31.2020.8.26.0554, 30ª Câm. Dir. Privado, rel. Des^a. Maria Lúcia Pizzotti, j. 22.04.2021.

(preço contingente), podem as partes estabelecer uma conta *escrow* exatamente para fins de reforço da garantia em caso de implemento da condição.

A garantia é evidenciada porque o destino dos recursos, uma vez instruído o terceiro, é irrevogável. Logo, pode-se pensar em separação de valores (não só dinheiro), em poder de terceiro já irrevogavelmente instruído sobre a destinação dos bens, aguardando o implemento da condição para, então, serem direcionados ao credor condicional, ou então, retornarem ao devedor, caso a condição falhe⁹⁰⁶. Essa bifurcação hipotética do *escrow*, se o recurso vai para o favorecido ou retorna para o depositante, adere perfeitamente à estrutura também hipotética da condição.

Avançando, o direito em regime de condição, mesmo suspensiva, já integra o patrimônio do titular e pode ser objeto de garantias reais e fidejussórias. Nesse plano, sublinham-se, muito especialmente, a **hipoteca**, o **penhor** e a **fiança**.

Sobre a hipoteca, retoma-se o que foi dito a propósito do artigo 1.487 do Código Civil, cujo *caput* é textual ao assegurar a utilização dessa modalidade para a garantia de dívida futura e condicionada, desde que determinado o valor máximo garantido. Ao que se versou anteriormente⁹⁰⁷, acrescenta-se apenas que há uma constatada tendência de maximização das garantias, para a qual a hipoteca contribui significativamente: trata-se da situação, nas alienações fiduciárias de bens imóveis, de hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante. Esse é mais um exemplo da patrimonialidade desses direitos e das múltiplas possibilidades, inclusive no mercado de crédito que os mesmos podem gerar⁹⁰⁸. A esse propósito, vale referir que o direito expectativo, no ambiente da alienação fiduciária em garantia, possui uma densidade muito particular, a teor do que estabelece o artigo 1.368-B do Código Civil. É um direito real de aquisição, porque o direito expectativo ostenta a mesma natureza do direito expectado.

Desdobrando essa afirmação e somando-se ainda à previsão do artigo 80 do Código Civil, Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Carla Wainer Chalhó Lgow destacam a possibilidade de hipoteca do direito expectativo do devedor fiduciante⁹⁰⁹.

Em suma, as garantias não apenas reforçam a probabilidade de solvência do crédito, mas, exatamente por isso, geram uma mais valia importante economicamente falando. É o

⁹⁰⁶MORAIS ANTUNES, João Tiago. *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 173.

⁹⁰⁷Remissão ao Cap. III, do presente trabalho.

⁹⁰⁸Explorando essa questão: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 243-263, out/dez. 2019.

⁹⁰⁹*Id. Ibid.*, p. 257 e ss.

mercado influenciando as formas jurídicas e vice-versa, pois, com o sucesso do mecanismo de garantia da alienação fiduciária – por exemplo, não se submetendo aos efeitos do procedimento de recuperação judicial (art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005) e possibilitando o pedido de restituição, em caso de arrecadação na falência do devedor fiduciante (art. 85, da Lei 11.101/2005) –, considerando que o bem não pode ser atingido, nem ser novamente oferecido em garantia pelo devedor fiduciante, surgiu a possibilidade de utilizar como garantia o direito expectativo à aquisição da propriedade⁹¹⁰.

Sobre o penhor, na incidência de elementos particulares, observa Alexandre Gaetano Nicola Liquidato que o contrato de penhor, como qualquer outro de forma livre, admite a presença de elementos particulares. O autor destaca a possibilidade de aposição de condição suspensiva ou resolutiva no contrato de penhor⁹¹¹.

Dessa maneira, o direito condicional, enfim, o denominado direito expectativo, pode ser garantido por penhor e, mais ainda, pode ele próprio ser objeto de contrato de penhor (ser ele próprio o bem empenhado), porquanto se admite o penhor de direitos nos termos do artigo 1.451 do Código Civil, desde que passível de estimação constante do título. Até porque, a teor do artigo 1.420, *caput*, do Código Civil, o bem que pode ser alienado, pode ser objeto de direito real em garantia e, sem dúvida, o direito expectativo é passível de cessão onerosa.

Ainda, nesse ponto, nos termos do artigo 1.454 do Código Civil, vale notar que o credor pignoratício faz jus à cobrança de juros e prestações acessórias compreendidas na garantia. Destaque-se ainda que o credor pignoratício estando de boa-fé, eis que na posição de garantido pelo penhor, não sofrerá qualquer efeito de retroação, remanescendo com os frutos, o que não é incompatível com a aposição da condição, especialmente porque é seu direito, conforme consta do artigo 1.433, V, do Código Civil⁹¹².

Em relação à fiança, o sistema comporta a fiança de dívida futura, como consta do artigo 821 do Código Civil: “As dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação principal do devedor”. O dispositivo, à luz do artigo 125 do Código Civil, é perfeitamente

⁹¹⁰GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante, *cit.*, p. 244-245.

⁹¹¹LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *O contrato de penhor*. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 59.

⁹¹²Na vigência do Código Civil de 1916, o contrato de penhor, por vezes, era acompanhado de pacto de anticrese, para atribuir ao credor pignoratício o direito de perceber os frutos do bem empenhado. Veja-se: LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *O contrato de penhor*, *cit.*, p. 59.

adaptável à realidade da condição suspensiva, eis que, somente será demandado o fiador, depois de implementada a condição e adquirido o direito expectado, em caso de descumprimento do devedor. Para o caso de condição resolutive, pode a fiança servir de garantia para a restituição do direito que interinamente exerce o devedor.

A propósito da denominação **dívidas futuras** que consta da lei, veja-se em Pontes de Miranda a afirmação de que são dívidas que “apenas se podem determinar pela referência ao negócio jurídico de que se trata [...] são dívidas futuras ou condicionais”⁹¹³. O autor afirma ainda que, nesses casos “há vinculação do fiador, mas a dívida está por vir (termo suspensivo ou condição suspensiva), de jeito que, no estado de pendência, o fiador, a despeito da vinculação (mínimo de vinculação), só é devedor do que prometeu quando nasce a dívida do devedor afiançado”⁹¹⁴.

Para a condição suspensiva, a dívida nasce quando nasce o direito do expectante oponível contra o afiançado, o devedor condicional. Já na condição resolutive, a dívida nasce quando nasce o dever de restituir, pelo então titular interino do direito sob condição resolutive, para sua contraparte. Essa possibilidade, o dever de restituir, também pode ser objeto de garantia por fiança, como, aliás, por outras modalidades também.

Ponto que cumpre destacar, voltando à questão da condição resolutive e da sua vocação para servir de garantia, trata do denominado **pacto marciano**. O pacto comissório, em linha, é vedado no nosso sistema, como prescreve o Código Civil, em duas passagens: (i) no artigo 1.365, “é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”; e (ii) no artigo 1.428, “é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. Isso, sem embargo da possibilidade de dação em pagamento, após o vencimento da dívida, a que aludem os parágrafos únicos dos dois artigos citados. Dação em pagamento que, aí sim, é perfeitamente possível, porque é escolha do devedor, não uma imposição.

Por conseguinte, há imperativos morais e sociais que impedem o pacto comissório⁹¹⁵, porque há o problema da atribuição de valor do bem. Ora, se o bem é muito superior à dívida, ficar o credor com ele é injusto. Sem falar que a possibilidade de *ipso facto*, em caso de

⁹¹³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Direitos das obrigações: Expedição. Contrato de agência. Representação de empresa. Fiança. Mandato de crédito. Constituição de renda. Promessa de dívida. Reconhecimento de dívida. Comunidade. Edição. Representação teatral, musical e de cinema. Empreitada. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 44, p. 150.

⁹¹⁴*Id. Ibid.*, p. 150.

⁹¹⁵DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito, cit.*, p. 174.

inadimplemento, ficar o credor com o bem, geraria um efeito especulativo, porque é evidente que o credor sempre iria preferir a obtenção de um bem com valor muito superior ao valor do crédito garantido⁹¹⁶.

Retoma-se aqui, então, questão manifestada anteriormente: o grande problema do pacto comissório é a desproporção entre o valor de mercado do bem dado em garantia e o valor da obrigação garantida. Assim, se houver a possibilidade de evitar o excesso ou exigir a sua restituição proporcional, “elimina-se o que há de reprovável no pacto comissório”⁹¹⁷.

Já o pacto marciano não tem esse problema, justamente porque supera essa questão da atribuição do valor da garantia. Guedes e Terra, enfatizando as suas condicionantes (o que minimiza muito, senão elimina, a possibilidade de enriquecimento sem causa e o viés especulativo acima mencionado), definem esse instrumento da seguinte forma:

O chamado pacto marciano, que também tem origem nas fontes romanas, é aquele acordo acessório em que as partes estabelecem que, diante do inadimplemento do devedor, o credor tem a faculdade de se apropriar do bem objeto da garantia, desde que (i) o bem seja previamente submetido a uma avaliação independente, levada a cabo por terceiro; (ii) e seja devolvida ao devedor a quantia que, eventualmente, sobejar o valor da dívida.

[...]

A distinção entre o pacto marciano e o comissório reside no fato de o credor, no primeiro, poder ficar com o bem, sem prejudicar o devedor, nem os demais credores, porque o submete à avaliação de um terceiro independente e imparcial. Assim, é possível superar a objeção de fundo ético que vem à tona na incidência do pacto comissório, quer dizer, a possibilidade de o credor, a seu bel-prazer, quebrar a comutatividade existente entre as prestações originárias, em desfavor não só do devedor, mas também dos demais credores⁹¹⁸.

Por essas razões, em condição resolutiva, é perfeitamente possível o pacto marciano, logo, superando a proibição constante do artigo 1.365 do Código Civil com a aposição de uma garantia materialmente eficaz.

⁹¹⁶TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório vs. Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito das garantias*. 1. 3d. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 183.

⁹¹⁷HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 180.

⁹¹⁸TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório vs. Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas, cit., p. 204-205. Veja-se também, no âmbito do Conselho da Justiça Federal, VIII Jornada de Direito Civil, o enunciado 626: “Não afronta o art. 1.428 do Código Civil, em relações paritárias, o pacto marciano, cláusula contratual que autoriza que o credor se torne proprietário da coisa objeto da garantia mediante aferição de seu justo valor e restituição do supérfluo (valor do bem em garantia que excede o da dívida).” CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 626*. Aprovado na VIII Jornada de Direito Civil. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2018. <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>.

Nessa direção, cumpre reportar precedente judicial em que se admitiu o pacto marciano em alienação fiduciária e, no qual, a distinção entre pacto comissório e pacto marciano foi bastante destacada. Em caso de ações dadas em garantia fiduciária, quando acionada a garantia, surgiu o debate a propósito do preço das ações, e a questão tangenciou a presença ou não de um pacto comissório, além de outras próprias àquele debate.

Destarte, afirmou-se que, uma vez tendo sido feita a alienação dos ativos, nos termos do artigo 1.364, do Código Civil, havia alegação de que o preço pelo qual foram vendidas as ações, ausente leilão, tendo sido venda direta por força da presença de cláusula-mandato autorizando o cessionário fiduciário a fazê-lo, era bastante abaixo do mercado. Aí, então, observando que a avaliação dos ativos foi feita por terceiro contratado pela própria devedora fiduciante, o Tribunal estabeleceu o paralelo com o pacto marciano que

[...] representa uma faculdade do devedor e está revestido de requisitos que evitam abusos do credor em prejuízo ao devedor e demais credores.

[...]

Isso porque, no caso de inadimplemento, o credor poderá se apropriar do bem oferecido em garantia, desde que (a) haja uma prévia avaliação independente, realizada por terceiro isento e (b) quitada a dívida, o valor restante seja devolvido ao devedor⁹¹⁹.

Ainda sobre as garantias de direito material, considerando a posse de bem imóvel, na fase de pendência e o paralelo do artigo 1.219 do Código Civil, são perfeitamente indenizáveis os custos com as benfeitorias necessárias e úteis, bem como exercitável o **direito de retenção** pelo valor delas⁹²⁰.

A rigor, para a obrigação condicionada, o direito de retenção opera se e enquanto o crédito for exigível. Portanto, o crédito subordinado a uma condição resolutiva, sendo exigível, pode ser objeto de garantia mediante retenção; por outro lado, o crédito subordinado a condição suspensiva, só poderá sê-lo quando verificada a condição⁹²¹.

Ainda é mister reportar hipóteses lembradas por Rose Melo Vencelau: primeiro, em caso de instituição de herdeiro ou legatário condicional, pode ele exigir dos demais herdeiros ou legatários a denominada caução muciana “para garantir sua expectativa”⁹²². Assim, “se a condição for resolutiva, garante a restituição da herança ou legado; se for suspensiva, garante

⁹¹⁹TJSP, Agr. Instr. n. 2130635-40.2020.8.26.0000, 1ª Câm. Res. de Dir. Empresarial, rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 25.11.2020.

⁹²⁰MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 155.

⁹²¹SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 107.

⁹²²VENCELAU, Rose Melo. *O negócio jurídico e suas modalidades*, *cit.*, p. 215.

a entrega da herança ou legado”⁹²³. A segunda hipótese é a do fideicomisso, prevista no artigo 1.953 do Código Civil, em que o fiduciário, tendo propriedade resolúvel, é obrigado a “proceder ao inventário dos bens gravados e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário”.

5 Medidas de conservação de direito processual

Passando para as medidas de cunho processual, inicia-se com a questão da ação declaratória, a possível discussão sobre se o fato condicionante, sua efetiva configuração e a data do implemento, é tema prático relevantíssimo para a relação da obrigação sob condição.

Nesse particular, cumpre retomar observação de Eduardo Ribeiro de que a **ação declaratória** pode ser incluída no rol de providências à disposição do titular do direito expectativo, porque a incerteza da condição não interfere necessariamente com a certeza exigível da decisão judicial⁹²⁴. Por exemplo, discutir se o fato condicionante aconteceu ou não, em que data aconteceu, se houve interferência indevida de uma das partes no sucesso da condição, dentre outras hipóteses, tudo isso é possível de ser perquirido em juízo e decidido por sentença.

Nesse ponto, é interessante analisar o que consta do artigo 514 do CPC/15. Como um primeiro comentário, destaca-se que, no negócio condicionado, há um direito atual, como visto, o direito expectativo perfeitamente aparelhado de pretensão. Em segundo lugar, o direito expectado, embora incerto em sua existência porque depende da condição, é certo enquanto previsão constante de um programa contratual já previamente estabelecido. Por fim, diante do exposto, é perfeitamente possível falar em sentença certa que decide relação jurídica condicional, mesmo sem a realização da condição.

Basta um exemplo, ainda que não se trate de condição em sentido próprio, a saber: a sentença que condena um determinado litigante beneficiário da gratuidade do artigo 98, do CPC/15, nas custas e honorários sucumbenciais, é certa naquele capítulo, com arbitramento perfeitamente efetuado, dentro das balizas legais. Ocorre que, quando da propositura do cumprimento de sentença pelo credor, ele terá que provar o implemento da condição

⁹²³VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades, *cit.*, p. 215.

⁹²⁴OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil*: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo, *cit.*, v. 2, p. 352.

suspensiva, ou seja, que o devedor não faz mais jus aos benefícios da gratuidade e pode arcar com os ônus da sucumbência.

Inclusive, Martins-Costa afirma que, em relação às ações de preceito declaratório, a atualidade da relação jurídica condicional é certa, portanto, faz todo sentido postular pela eliminação de alguma incerteza acerca desta – que não seja, naturalmente, sua incerteza congênita, para a qual nada pode artificialmente interferir, sob pena de incidir o artigo 129, do Código Civil⁹²⁵. Logo, nada impede que a ação declaratória seja compreendida no alcance do artigo 130 do Código Civil.

Um ponto importante, pois interessa, em especial, ao titular do direito expectativo, são os atos de registro e da **notificação judicial e extrajudicial**. As medidas em pauta são fundamentais, especialmente para o caso de bens imóveis, diante da mencionada questão do princípio da concentração dos atos na matrícula, mas também, de modo geral, para a proteção de terceiros de boa-fé.

A notificação em si, pouco tratada pela doutrina, é ato jurídico em sentido estrito, com vocação para a conservação de direitos. Pelo menos na situação da venda a contento ou sujeita a prova, submetidas a condição suspensiva, em que se observa utilidade na notificação para, em não havendo prazo estabelecido para a manifestação ou prova, exigir que o outro figurante o faça dentro de “prazo improrrogável” a que alude o artigo 512 do Código Civil. Usada a notificação, portanto, para constituir o comprador em mora, nos termos do artigo 397, do Código Civil⁹²⁶. É possível, ainda, imaginar outras possibilidades para a notificação, por exemplo, no caso de descumprimento de alguma obrigação acessória, para cientificar a parte contrária de alguma atitude, ou até para informar de que o fato condicionante não pode mais ocorrer, por algum motivo. Essa última questão é importante, especialmente no Brasil, uma vez que o Código Civil não estabelece um limite temporal para o implemento da condição, como ocorre na Espanha, em que há cláusula aberta nesse particular, como referido⁹²⁷.

Outro aspecto importante é aquele da fraude a credores, como suscitado pela doutrina, eis que, mesmo na hipótese de condição suspensiva, o expectante é titular de um direito existente. Há, então, a possibilidade de manejo da **ação pauliana**, de nítida feição conservativa porque busca tornar hígido o patrimônio do devedor, para suportar o direito de

⁹²⁵MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 108.

⁹²⁶RAZUK, Paulo Eduardo. *Da notificação*. São Paulo: Editora Verbatim, 2012. p. 100.

⁹²⁷DIEZ-PICAZO, Luis. El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de ‘conditio pendens’, *cit.*, p. 130 e ss.

seu credor. No entanto, como bem observa Martins-Costa, essa ação e a ineficácia dos atos em fraude a credores pressupõem o implemento da condição, quando, só então, haverá titularidade do direito expectado. Para resolver esse problema e a insegurança jurídica dele derivada, a autora propõe como solução para o caso que “seja concedida caução a favor do expectante durante o período de pendência”⁹²⁸. Está correta a autora, uma vez que, em tal hipótese, há um interesse de agir atual, desde que o risco de perda patrimonial para o caso de implemento da condição seja real.

Outra hipótese levantada por Martins-Costa é a da ação declaratória de ineficácia relativa, com base no artigo 162, do Código Civil. Nessa situação, o patrimônio do devedor, garantia comum dos credores, em concurso, é desfalcado indevidamente. Daí, conforme observa a autora, “a legitimação ativa compete a qualquer credor habilitado no concurso universal”⁹²⁹. Mais ainda, ela assinala que não há restrições ao uso da medida, para os casos de condição, desde que o credor esteja devidamente habilitado no concurso, até porque, sendo ação declaratória, apenas retira uma incerteza, mas não traz carga condenatória que interfira ou antecipe efeitos antes do implemento da condição, tendo viés eminentemente conservativo⁹³⁰.

Ademais dessas há, naturalmente, outras possibilidades, sobretudo no atual ambiente processual em que a efetividade da tutela jurisdicional é relevante para a prática processual. Nesse sentido, todo o acervo de medidas cautelares tais como o **arresto**, o **sequestro**, bem como cautelares inominadas – fortes, inclusive, no poder geral de cautela do magistrado – são componentes do sistema de defesa dos interesses do titular do direito expectativo.

A questão é como acomodar esses direitos, seu exercício, à possibilidade de não implemento da condição, ou seja, de que o direito expectado ao bem ou à restituição (no caso da condição resolutiva) não ocorra de fato. Para isso, um ponto a salientar é a exigência de **contracautela** nessas tutelas de urgência, a teor do que estabelece o artigo 300, §1º, do CPC⁹³¹. A contracautela é uma projeção da igualdade de partes (art. 7º, do CPC), no âmbito das tutelas de urgência. Portanto, também os interesses do réu devem ser levados em conta, no momento de decidir uma liminar. Tanto isso é verdade que o risco de irreversibilidade é

⁹²⁸MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 117-120.

⁹²⁹*Id. Ibid.*, p. 120.

⁹³⁰*Id. Ibid.*, p. 120.

⁹³¹“Art. 300. [...] §1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.”

um ônus que o postulante tem de superar. Outro ponto, em um caso de tutela cautelar inominada, em obrigação condicional, poderia ser a audiência de **justificação prévia**, para que o expectante demonstre em audiência os riscos a que sua posição jurídica está sujeita, por atos comissivos ou omissivos da parte contrária. Nesse momento, o juiz toma contato com as singularidades daquela obrigação e pode, à luz das informações ali coletadas, fazer um juízo de ponderação, concedendo apenas as medidas suficientes à preservação do direito do postulante. A audiência de justificação prévia é, portanto, momento de produção de prova oral a respeito da presença dos requisitos autorizadores da tutela de urgência⁹³².

Nesse sentido, existe a possibilidade de concessão de medidas **cautelares** diversas pode ser deferida, nos mais variados tipos de negócio. Por exemplo, no caso situação de medida cautelar antecedente de procedimento arbitral⁹³³, em que se permitiu que o titular do “direito eventual” tivesse acesso à documentação de determinada empresa, para aferir suas operações, fiscalizando-a. Isso porque, tendo ele efetuado um instrumento de cessão de cotas, segundo o qual, a cessionária assumiria um passivo da sociedade cedida de mais de R\$19 milhões, todavia, em prazo de até seis anos, faria o cedente jus ao recebimento de *earn-outs* da ordem de R\$17 milhões, caso atingidas determinadas metas de faturamento. O cedente, como costuma acontecer nesses casos, permaneceria em posição chave na sociedade, para contribuir com seu conhecimento do negócio e aferir as medidas para cumprimento da meta de faturamento, condição suspensiva de cujo implemento dependeria seu recebimento de *earn-outs*.

Instalado o conflito entre as partes, o cedente foi demitido, bem como pessoas importantes da estrutura da sociedade. Além disso, segundo alegava, não foram feitos investimentos que ele havia recomendado, o que impactaria negativamente no atingimento da meta. Daí, previamente à instauração de procedimento arbitral, no qual se debateria a incidência ou não do artigo 129 do Código Civil (o ficcionamento da condição), propôs medida cautelar para ter acesso a documentos da empresa que lhe permitissem aferir as atitudes da ré, avaliando se houve atuação maliciosa para impedir o implemento da condição.

O TJSP deferiu a cautelar para permitir ao cedente o acesso aos documentos e a operações indispensáveis à fiscalização de eventual frustração da condição suspensiva, anotando ainda, em acomodação dos direitos antagônicos do cedente e do cessionário, que “a liminar não permite que o requerente subordine a realização de operações e contratos da

⁹³²BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 337.

⁹³³Caso também reportado por MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 115-116.

pessoa jurídica ao seu prévio consentimento, mas tão somente o acesso a dados que lhe permitam aferir a frustração proposital da condição suspensiva”⁹³⁴.

Há também nessa linha de compreensão expansiva das proteções deferidas ao titular do direito expectativo, a **ação sub-rogatória** com base nos artigos 778, IV, e 857, do CPC. A respeito, diz-se da admissibilidade dessa ação, desde que atendidos os seus pressupostos, a saber: “(i) o direito do credor sub-rogante; (ii) a inércia do devedor sub-rogado quanto a fazer valer direitos que possua; e (iii) o risco de insolvência deste”⁹³⁵.

Sobre o tema, também vale mencionar a doutrina de Eduardo Espínola, enfocando as medidas de conservação do direito eventual (na nomenclatura consagrada pelo Código Civil) pelo ângulo da asseguuração da prova. Espínola enumera como atos conservatórios, os casos de “reconhecimento de firma, inscrição, registro, exames e vistorias *ad perpetuam rei memoriam*, ou garantir o mesmo direito, como no de cauções, interrupção da prescrição, e medidas outras destinadas a impedir a perda ou deterioração do objeto do direito.”⁹³⁶

A sistematização das medidas de conservação no regime jurídico da pendência ainda está por ser construída, no entanto, é fato que o pêndulo processual enfatizando cada vez mais a tutela jurisdicional, somado ao protagonismo crescente da condição no âmbito dos grandes negócios, força a discussão da matéria, sempre lembrando da necessária harmonização entre as posições antagônicas do expectante e do expectado.

6 A legitimação processual do credor condicional

Ponto fundamental para discutir seriamente as medidas de conservação à disposição do titular do direito expectativo trata da possibilidade de interferir em processo judicial envolvendo o então titular interino do direito expectado ou, mais ainda, agir na defesa do bem quando este não o faz. Sem isso, valeria pouco o artigo 130 do Código Civil. Então, o vislumbre de Gueiros a esse propósito mostrou-se uma posição bastante lúcida e avançada para a época, potencializando a instrumentalidade do direito condicional como direito a

⁹³⁴TJSP, Apel. Cível n. 0125493-61.2021.8.26.0100, 1ª Câ. Res. de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 02.10.2012.

⁹³⁵MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, cit., p. 121.

⁹³⁶ESPÍNOLA, Eduardo. Condição (verbete). In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. J. M. de Carvalho Santos coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 10, p. 378.

adquirir direitos, constitutivo de um elemento patrimonial, “sem entraves de disponibilidade”⁹³⁷.

A discussão sobre a posição do credor condicional tem reflexo prático evidente, partindo do significado de seu interesse, se é meramente de fato ou se é jurídico, o que, para o processo civil, tem muita importância, como observa José Rogério Cruz e Tucci⁹³⁸.

Isso porque, a alteração de titularidades do direito expectado (sobretudo pensando em bens imóveis) gera uma sucessão com importantes reflexos processuais e, decerto, com o suporte o negócio jurídico condicionado, há incidência da regra que autoriza o terceiro juridicamente interessado a intervir no processo. Não há como negar: o negócio condicionado torna o credor condicional mais do que um mero interessado, ele é um terceiro juridicamente interessado, com todas as consequências advindas desse particular.

Cumprido notar, nesse exato ponto, que o artigo 130 do Código Civil, uma vez compreendida a dimensão patrimonial projetante do direito expectativo, vinculada ao advento do direito expectado, dialoga com o artigo 18 do CPC. Remissão feita à natureza bifronte do artigo 130 do Código Civil, material e processual, aqui os reflexos processuais ficam bastante nítidos, especialmente porque o artigo 18 da lei adjetiva estabelece que a ninguém é dado pleitear direito alheio no seu próprio nome, “salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

O artigo 130 da lei civil espelha exatamente essa autorização, que não precisa ser, topologicamente, encontrada na lei processual civil. Aliás, diferindo do CPC de 1973, o código atual, em entendimento mais largo, admite que a autorização para postular em nome próprio direito alheio decorre do **ordenamento jurídico** e não exclusivamente da **lei**, como constava do artigo 6º da anterior codificação⁹³⁹.

Além do que, já se demonstrou que o direito expectativo irradia efeitos e pretensões em senso estrito (art. 189, do Código Civil), sob a perspectiva instrumental de proteção do direito expectado. Todavia, convivendo na fase de pendência, duas titularidades, uma do direito expectativo com o credor condicional e outra do direito expectado com o devedor até o advento da condição, não se pode dizer, especialmente no caso da condição suspensiva (art. 125, do Código Civil) que, em dados casos, o credor atua em nome próprio. Não atua, porque não é titular ainda do direito que deseja conservar. Porém, não se pode negar seu

⁹³⁷GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil, cit.*, p. 153.

⁹³⁸CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 156.

⁹³⁹“Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

direito de conservá-lo, com medidas diretas que deveriam ter sido tomadas pelo devedor e não o foram.

Nesse passo, visualiza-se uma hipótese clara de substituição processual⁹⁴⁰ a que a doutrina não faz caso, dando pouca ou nenhuma atenção ao problema. Em uma cessão civil de crédito sob condição suspensiva, portanto, o credor condicional (cessionário) pode atuar em nome do devedor condicional (cedente) que não executa a tempo e modo seu crédito perante o cedido. Esse é um ponto bastante ilustrativo e, veja-se em Ana Isabel Afonso, que há uma forte tendência no Direito Português de aceitar essa possibilidade de atuação, apesar das dificuldades que suscita⁹⁴¹.

No âmbito brasileiro, sem necessidade de qualquer importação indevida, a própria ideia de **situação legitimante**, defendida por Barbosa Moreira⁹⁴², já materializa essa possibilidade: o credor condicional está em uma situação legitimante para fins de proteção de seu futuro direito, tanto assim que, se julgado o processo sem sua intervenção na fase de pendência, o impacto negativo da coisa julgada gerando prejuízo ao devedor condicional reflete sobre ele substancialmente.

Prova disso, é que a coisa julgada diante do devedor expectado tem evidentes reflexos sobre o credor expectante. Assim, perdida a coisa por usucapião pelo primeiro, há um reflexo sobre o segundo, exatamente na contramão do que se tenciona evitar. Não se pode dizer que a sentença não alcança efeitos com relação ao segundo porque *inter alios*, eis que a perda do direito de propriedade pelo expectado sobre o bem tem efeitos *erga omnes* atingindo o expectante, cuja expectativa já se vê, de antemão, frustrada, sobrando apenas a via da reparação por perdas e danos.

De modo geral, o credor condicional sempre poderá argumentar que não foi parte no processo, que estava de boa-fé, que a coisa julgada nesse ou naquele caso encontra os limites subjetivos como obstáculo para produção de efeitos contra terceiros, dentre outros

⁹⁴⁰“O instituto da substituição processual, de todo singular, é normalmente conceituado como o exercício, autorizado por lei, de atividades processuais em nome próprio, em prol de uma situação subjetiva alheia. Trata-se, assim, de legitimação processual extraordinária, na qual a parte em juízo não corresponde ao titular do direito material que constitui o objeto do processo.” CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, cit., p. 168.

⁹⁴¹AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, cit., p. 283.

⁹⁴²Como explica: “[...] a situação legitimante é definida pela própria situação jurídica que se submete ao órgão judicial como objeto do juízo, em visa de seu duplo aspecto ativo e passivo.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 42, set./dez. 1969. A legitimação como coincidência dentre a situação jurídica de uma pessoa e a postulação por ela formulada ganha, então, o reforço autorizativo do artigo 130 do Código Civil. A posição de pendência autoriza o manejo das medidas conservativas, portanto, é possível espelhar esse atributo na relação jurídico processual.

argumentos. Isso, porém, não elimina – ao contrário, aconselha – a sua diligência, seja por atos de registro, de interrupção da prescrição, seja, no caso, por propositura de ação, para prevenir-se dos efeitos jurídicos negativos da inoperância da sua contraparte no negócio condicionado. Muito especialmente porque todos os argumentos que possa manejar para justificar a não extensão dos efeitos da coisa julgada contra si não mudam um fato, o devedor expectado perdeu o direito, portanto, a única possibilidade (pensando aqui na condição suspensiva) é de o fato condicionante ter ocorrido antes da formação da coisa julgada, mesmo assim, havendo uma sucessão processual, consta forte posição na doutrina que reconhece o transmitente da coisa litigiosa como legitimado extraordinário do adquirente que, portanto, suporta também os efeitos negativos da derrota processual; enfim, o sucessor “não escapa da ‘zona’ de eficácia da sentença e da autoridade da coisa julgada”⁹⁴³. Em resumo, o risco dessa discussão, insista-se, recomenda a diligência na utilização dos mecanismos conservativos que a lei propicia.

Interessante ainda, um paralelo suscitado por José Carlos Barbosa Moreira referente às sociedades por ações: uma vez aprovada, em deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, por prejuízos causados ao patrimônio dessa mesma sociedade, se a ação não for movida por ela no prazo de três meses, qualquer acionista poderá fazê-lo. Isso é legitimação extraordinária porque se pleiteia em nome próprio direito alheio, como substituto processual⁹⁴⁴.

Se em uma situação na qual o acionista pleiteia um direito à indenização da qual nunca será titular (note-se, será beneficiado economicamente pela recomposição do patrimônio da sociedade, mas não é titular do direito, nem pode sê-lo, inclusive porque só o seria na proporção de sua participação acionária), com mais razão o credor condicional pleiteia um direito que poderá ser seu a depender do advento ou não do fato condicionante.

Outro exemplo de legitimação fora do comum, embora se possa questionar se ela é extraordinária ou não – já que, no caso, o credor está postulando em nome próprio interesse próprio –, é do credor do executado que alega prescrição em uma determinada execução ou cobrança movida por terceiros contra seu devedor. Assim, prevê o artigo 193 do Código Civil que “a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita”. Essa parte a quem aproveita, pode muito bem ser o credor condicional, o

⁹⁴³CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, cit., p. 165.

⁹⁴⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, cit., p. 44-45. É o quanto consta, atualmente, do artigo 159, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (Lei das S.A.).

expectante, melhor dizendo. Essa arguição da prescrição pode acontecer no ambiente da execução, pelo manejo da exceção de pré-executividade⁹⁴⁵.

Na doutrina espanhola, admite-se a possibilidade de articulação de medida pelos titulares de direito que, por disposição legal expressa, possam opor-se a constrição ou a expropriação forçada de um ou vários bens constrictos do executado⁹⁴⁶.

No ordenamento brasileiro, tal questão se resolve pela previsão expressa do artigo 674, §1º, do CPC, ao admitir os embargos de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

Por fim, também no âmbito brasileiro, há quem argumente a existência de uma espécie de legitimação extraordinária com **origem negocial**. Diz-se, então, até por força da consagração da atipicidade da negociação processual, constante do artigo 189 do atual CPC, que referido negócio pode atuar como “fonte normativa da legitimação extraordinária”⁹⁴⁷. Ora, também o negócio condicionado, embora não trate da legitimação extraordinária, fornece a situação legitimante negocial para que, em conjunto com o artigo 130 do Código Civil e 18 do CPC, se passe a aceitar essa possibilidade, alargando o raio de ação das medidas de conservação, forte na necessidade de uma tutela jurisdicional útil à posição do credor condicional.

Naturalmente, o credor condicional não pode tudo. Por exemplo, não poderá, a nosso ver, levantar valores obtidos na ação movida para defesa do direito creditício sob condição suspensiva, o que não elimina a possibilidade de que mova a ação e conserve o direito expectado enquanto tal, inclusive como já reconhecia a doutrina de Vicente Ráo para a condição suspensiva⁹⁴⁸.

Como frisa Bárbara Sánchez López, o verdadeiro cerne do problema é como, em qualquer tipo de tutela autônoma, reconhecida a parte *sub conditione* em via contenciosa,

⁹⁴⁵MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 68-69.

⁹⁴⁶“Hoy no se duda que el adquirente del bien (que es un adquirente sub conditione de la propiedad del bien hasta que no pague la última cuota de la operación de financiación) puede interponer una demanda de tercería de dominio si el bien resultara embargado en un proceso de ejecución ajeno como erróneamente perteneciente al ejecutado. El aptdo. 2 del artículo 595 LEC abre la legitimación para interponer la tercería de dominio, además de a quienes afirmen haber adquirido la propiedad, a los ‘titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado.’” SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *La sustitución procesal: análisis crítico*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2017. p. 340. (Tesis Doctoral).

⁹⁴⁷DIDIE JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, p. 139, abr./jun, 2015.

⁹⁴⁸RÁO, Vicente. *Ato jurídico, cit.*, p. 331.

compatibilizar o exercício da jurisdição de forma irrevogável com a situação de incerteza em que se encontra a relação jurídica na fase de pendência e com o caráter interino da posição jurídica dos sujeitos a ela concernidos⁹⁴⁹.

No plano do ordenamento brasileiro, inclusive, há previsão expressa do artigo 514 do CPC de que: “quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o cumprimento da sentença dependerá de demonstração de que se realizou a condição ou de que ocorreu o termo”.

O dispositivo, entretanto, convive, sem empecilhos, com a possibilidade da legitimação extraordinária e com a propositura da ação pelo legitimado para, em nome próprio, postular o direito alheio, mesmo na fase de cumprimento de sentença – já que haverá risco de prescrição –, para o que é perfeitamente possível que haja atos constritivos, sem o posterior levantamento de valores ou que os haja, mas condicionados à caução. É a solução da contracautela já referida.

Em suma, não há razão para inibir o exercício desse direito expectativo, visando à aquisição de outro direito final, ainda mais à luz do artigo 6º, §2º, da LINDB, há um direito adquirido, protegido inclusive contra lei nova, e, quanto a isso, não há contradição alguma com a racionalidade da condição, sobretudo suspensiva do artigo 125, do Código Civil, exatamente pela relação de instrumentalidade do direito expectativo, como já demonstrado. Se é assim, a instrumentalidade do direito expectativo permite, não sem razão, a proteção do direito expectado. É sua razão de ser. Decerto, o devir que é posto ao abrigo até de lei nova, também deve ser posto ao abrigo de interferências que lhe turbem o resultado útil, o que se dá pelo mecanismo do artigo 130 do Código Civil.

7 A ficção do implemento da condição – *fizione di avveramento* – como tutela de direitos

Como última retomada de tema já abordado, mas que agora revela-se em toda sua larga dimensão, tem-se a questão do ficcionamento da condição⁹⁵⁰, que consta em nosso ordenamento no artigo 129 do Código Civil.

⁹⁴⁹SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *La sustitución procesal: análisis crítico, cit.*, p. 356.

⁹⁵⁰Vicissitude fictícia, na linguagem da mais recente autora que se debruçou sobre o tema, com proficiência. MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico, cit.*, p. 291.

Definir a verdadeira natureza do instituto é, então, útil para dar a ele seus verdadeiros limites e possibilidades práticas, no cotidiano da utilização da condição nos negócios jurídicos em geral.

A visão tradicional da doutrina brasileira, como já ponderado, toma o advérbio maliciosamente como totalizante da incidência da figura, daí exigindo o dolo para o acionamento do cumprimento ou não-cumprimento fictício da condição. É certo que o advérbio é bastante elucidativo da questão, enfim, aquilo que tem malícia, tem intenção dolosa por trás. Não haveria, em rigor, culpa, mesmo grave.

No entanto, sob uma primeira perspectiva, , em se tratando de contratos sob condição parcial de eficácia, o artigo 129 do Código Civil não imuniza o negócio condicionado da incidência do artigo 113, *caput*, do mesmo código, muito menos de seu artigo 422.

A força expansiva da boa-fé objetiva, não como um argumento forçado, de uso meramente heurístico nas disputas judiciais, mas como efetivo de elemento de propagação da segurança jurídica e confiança necessárias ao ambiente de negócios, possui um lugar todo especial, inclusive imantando a fase de pendência que passa a ser preenchida não apenas por obrigações negativas de não interferência. Quanto mais sofisticado o negócio que se condiciona, quanto mais presente uma hipossuficiência informacional (por exemplo) de uma das partes – como nos contratos de aquisição de participação societária –, evidencia-se que as vicissitudes típicas do negócio então condicionado influem na fase de pendência, projetando suas dificuldades e singularidades nessa que, segundo se entendia, seria uma fase **neutra**, fora do ambiente, do regime jurídico do inadimplemento das obrigações. Neutro é o advento da condição, mas as obrigações da fase de pendência existem e outras podem ser lançadas contratualmente, como nos casos de contratos de aquisição de empresas, o dever de sigilo, na etapa que antecede o denominado *closing*.

Isso é certo, mas, como se procurou demonstrar, essa fase, embora fora do regime geral de inadimplemento, possui seus próprios mecanismos tutelares da posição de ambos os figurantes e, especialmente, daquele que expecta o direito sob condição, seja ela suspensiva, seja resolutiva. E, na fase de pendência, como visto e recente doutrina confirma, a incidência da boa-fé objetiva é mais forte⁹⁵¹, pois, vicejam ali uma interinidade de situação de incerteza em que o elemento cooperativo é tanto mais rigoroso.

Então, o que importa para um verdadeiro *revirement* na interpretação do alcance do artigo 129 do Código Civil, a partir da pesquisa de sua verdadeira finalidade, não é debater

⁹⁵¹MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 298.

como superar o advérbio **maliciosamente**, para fazer abarcar a conduta culposa; o que importa é definir a função do dispositivo, porque isso conduz a possibilidade de uma interpretação mais ou menos larga, mais ou menos influenciada por uma perspectiva teleológica do preceito legal.

É da doutrina italiana que se recolhe, uma vez estabelecido esse primeiro enquadre, a ideia original – a nosso ver – de encarar a *finzione di avveramento* como forma de tutela de direitos. Menos uma sanção para o autor da conduta interferente, mais uma proteção para o prejudicado. Claro que, naquele paradigma, o dispositivo legal possui outra redação, em que fica mais facilmente defensável a hipótese de acionamento da ficção não apenas nos casos de malícia, mas também de ruptura do comportamento de boa-fé, já que o artigo 1.359, daquele Código Civil, prevê que “a condição se considera cumprida se não tiver sido cumprida por causa imputável à parte que tinha interesse contrário ao seu cumprimento”⁹⁵².

Nessa ordem de ideias, Antonio Bellizzi observa que esse dispositivo é muito mais um mecanismo de tutela do que de sanção. Cuida-se, na verdade, de proteção ao estado natural do fenômeno condicional. Bellizzi explica que o valor da pendência decorre da aceitação do risco de que o determinado evento, alçado como condicionante, possa ou não ocorrer, o que encontra anteparo na obrigação de não impedir a conclusão desse processo⁹⁵³.

Bellizzi ainda pondera que a mera tentativa de impedimento do fato condicionante não aciona a *finzione di avveramento*, o que prova ser sua função primordialmente reparatória, conduzindo a questão para uma angularização de tutela reparadora e não sancionatória pura e simples⁹⁵⁴.

Esse é um ponto caro ao tema aqui posto, perfeitamente aplicável ao nosso ordenamento; não sendo essa ficção propriamente uma sanção, mas uma reparação para o expectante, o dispositivo não se limita à uma interpretação restritiva. Martins-Costa fala de uma **sanção reparatória**, a nosso juízo de modo correto para a reparação, mas invertendo polaridades⁹⁵⁵. A reparação é primordial, a sanção da conduta contrária à boa-fé objetiva é secundária, porquanto, o foco é tutelar os interesses selecionados pela condição e sua integridade.

⁹⁵²“Art. 1.359. La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all’avveramento di essa.”

⁹⁵³BELLIZZI, Antonio. La finzione di avveramento dela condizione quale técnica di tutela, *cit.*, p. 173.

⁹⁵⁴*Id.* *Ibid.*, p. 179.

⁹⁵⁵MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva, *cit.*, p. 291.

Todavia, a mesma autora, aponta, com razão, o artigo 187 do Código Civil também como dispositivo a influir no alcance do artigo 129 do mesmo diploma, explicando que a melhor solução, na linha diretiva que encampa a eticidade, é aquela para a qual “a expressão ‘maliciosamente’ inclui tanto a conduta dolosa quanto aquela frontalmente em desacordo com o padrão da boa-fé objetiva”⁹⁵⁶. Isso porque, exatamente, o mencionado artigo 187 diz respeito ao exercício irregular, disfuncional e abusivo de direitos e posições jurídicas.

Pietro Trimarchi disserta sobre o fundamento da ficção da condição, alinhando-se à doutrina que lhe dá contorno exclusivamente sancionatório. O autor não admite a figura da *finzione di avveramento*, nas condições meramente potestativas⁹⁵⁷. No entanto, como visto, ela é perfeitamente aplicável⁹⁵⁸. Nesses casos, justamente, a boa-fé objetiva deve incidir com mais força.

O melhor enquadramento da matéria é resumido por Gianpaolo Chiesi, observando que a influência indevida na incerteza da condição implica interferência na estrutura objetiva do negócio condicionado, que já há tinha como elemento genético. Afirma Chiesi, invocando uma avaliação objetiva dentro da estrutura do sinalagma contratual, que a detecção da violação deve se dar por parâmetros objetivos, porque a consequência dessa situação pode consistir no turbamento do equilíbrio econômico do contrato⁹⁵⁹.

Lembrando aqui da discussão acerca do 1.359 do *Codice* italiano e que bem ilustra aquilo que se tenciona destacar, os interesses no advento, eclosão do fato condicionante (negativo ou positivo, segundo já se demonstrou) são estabelecidos inicialmente, como afirmado com o negócio condicionado. Todavia, isso pode sofrer variações e, portanto, a definição de “desfavorece” e “a quem aproveita” o implemento ou não implemento é contextual e pode sofrer variações ao longo do contrato. Exemplo bem básico é o da situação de compra e venda com condição suspensiva qualquer, como obtenção de uma determinada declaração da Administração Pública, em que o comprador – que é quem tem o interesse, *prima facie*, no mesmo sentido do implemento da condição – passa a interferir para que a condição não aconteça e o contrato se resolva. Imagine-se que ele queira isso porque achou outro imóvel melhor, que deseja comprar com aquele recurso ali aportado. No entanto, ele já havia feito um negócio jurídico, ainda que sob condição, e mais, havia gerado no vendedor

⁹⁵⁶MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva, *cit.*, p. 293.

⁹⁵⁷TRIMARCHI, Piero. La finzione di avveramento e la finzione di non avveramento della condizione, *cit.*, p. 826.

⁹⁵⁸Com remissão ao caso referido por Mauro Grondona, no capítulo III.

⁹⁵⁹CHIESI, Gianpaolo. *La buona fede in pendenza della condizione*, *cit.*, p. 43-44.

a legítima expectativa de uma chance de venda real que, com isso, retirou o imóvel do mercado para outras vendas.

Em um primeiro momento, à luz do artigo 129, do Código Civil, o comprador que obsta a condição suspensiva, não é, em rigor, o desfavorecido. Mas, contextualmente, seu interesse sofreu alteração no tempo e passou a querer se desvincular do contrato, agindo de maneira ilícita. Não é seu direito desvincular-se desse contrato interferindo no sucesso condição.

Outro exemplo: empresário contrata cessão de direito de marca, sob condição suspensiva de regularização junto ao órgão próprio (Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI). Ele faz essa contratação na posição de cessionário, ou seja, credor condicional em caso de implemento da condição. No entanto, por algum motivo qualquer, deseja dar fim ao negócio e passa a agir para que a condição suspensiva não se cumpra. Ora, isso é contrário à boa-fé, e as variações do interesse daquele que interfere na casualidade do fato condicionante devem ser levadas em conta, quer dizer, se o negócio condicionado possui eficácia vinculativa, não se pode utilizar a interferência no sucesso do fato condicionante como porta de saída do contrato.

Assim, faz todo sentido o que afirmou Menezes Cordeiro, já destacado anteriormente, a propósito do Código Civil português, que “cabe entender-se que qualquer das partes que impeça uma condição deve considerar-se prejudicada por ela; de igual modo, qualquer das partes que provoque uma condição deve considerar-se como aproveitando dessa ocorrência”⁹⁶⁰. Sempre, naturalmente, observadas as especificidades do caso.

Se por um lado, é seguro afirmar que o impedimento artificioso do advento da condição, leva ao rompimento da boa-fé objetiva, por outro lado, o esforço para levá-la a efeito, nem sempre. Como se viu, há casos em que as obrigações na fase de pendência não se limitam a feição negativa, havendo dever positivo de cooperar, com conduta ativa na preservação do interesse da contraparte, exatamente colaborando para o advento do fato condicionante. Destarte, há um elemento casuístico para a análise do problema, devendo sempre ser situado o interesse em jogo e o grau de cooperação levado a efeito pelas partes.

Em arremate, ao colocar o artigo 129 do Código Civil como estruturante do regime específico de reparação do negócio condicionado, protetivo da fase de pendência em caso de sofrer interferência indevida, conclui-se que: (i) essa ficção integra o sistema de

⁹⁶⁰MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*, cit., v. 2, p. 654.

conservação da futuridade e incerteza típicas do regime da condição em sentido estrito; (ii) essa defesa também abarca os interesses selecionados pela condição, protegendo aquele programa contratual condicional de interferências indevidas; e (iii) não sendo norma de interpretação estrita, o dispositivo convive, ou melhor, admite uma interpretação conjugada com o artigo 112 e, especialmente, com o artigo 187 do Código Civil, que estabelece a vedação para o exercício disfuncional de direitos.

Pois então, a interferência no curso do evento condicional pode ensejar exercício disfuncional do poder de atuação do interferente, uma vez que fere o padrão mais básico do negócio condicionado, exatamente sua casualidade vinculada à incerteza.

Dois últimos detalhes, muito bem captados por Martins-Costa e que valem menção. O primeiro, dentro da ideia de reparação ampla dos direitos violados e que parece fazer todo o sentido, é o de que o efeito do artigo 129 do Código Civil, essa ficção não é a única forma de reparar o prejudicado. Pode, inclusive, ocorrer de a prestação não interessar mais ao prejudicado. Nesse caso, poderia validamente acionar a regra geral de responsabilidade civil do artigo 927 do Código Civil: a ficção de cumprimento não é exclusiva, é uma forma de tutela singular ao regime jurídico da condição, mas que se soma ao regime já existente. Pois então, Martins-Costa destaca que no caso em que uma conduta maliciosa impediu a obtenção de uma licença, o que era condição suspensiva do contrato, muito provavelmente, não interessa mais ao prejudicado, o cumprimento do contrato. A solução, então, é a indenização de perdas e danos⁹⁶¹.

O segundo detalhe levantado por Martins-Costa é que o artigo 129 do Código Civil dialoga, além da cláusula geral de boa-fé, com a questão da tutela externa do crédito. Portanto, a interferência maliciosa é induzida pelo figurante, para que o terceiro assim o faça, ou seja, também é acionável o dispositivo. Inclusive, se esse terceiro tinha ciência de que sua colaboração perturbava relação condicional, ele pode responder extracontratualmente por prejuízos causados, sem excluir a aplicação do mencionado artigo 129⁹⁶².

As proteções, aqui, somam-se, não se excluem. Até porque, a conduta do terceiro é autônoma em relação ao figurante malicioso.

E é importante que se diga, considerando-se a incerteza o caractere chave da condição, tanto que distingue a figura do termo, ela é mais do que uma característica

⁹⁶¹MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*, *cit.*, p. 137.

⁹⁶²*Id. Ibid.*, p. 138.

qualquer, é um traço da natureza do fenômeno condicional. Portanto, a tentativa de influir nesse elemento aleatório deve ser afastada.

Destarte, o artigo 129 do Código Civil é norma de ordem pública e não pode ser afastado pela vontade das partes. Esse é um ponto a ser destacado, derradeiramente. A lógica toda do mecanismo condicional passa pela proteção da incerteza. Essa é a função social típica dessa modalidade negocial.

CONCLUSÕES

Desde uma perspectiva mais geral, é perfeitamente adequado afirmar a utilidade do mecanismo condicional para fazer frente às complexidades negociais. Hoje, como se constata, as obrigações não raras vezes são complexas, agregando inúmeras prestações diferentes para um mesmo obrigado. O binarismo de prestações contrapostas e estanques cai por terra, com os contratos amalgamando prestações de naturezas diversas, a exemplo da compra e venda cumulada com prestação de serviços, ou então, os contratos híbridos que estão a meio passo, entre a troca e a comunhão de esforços. Isso sem falar na questão dos riscos, para os quais, mais e mais, os diversos agentes econômicos buscam precaver-se, inclusive porque, com margens apertadas, esse tipo de planejamento também é um diferencial competitivo.

Nesse cenário, ainda sob a pressão de institutos do Direito Anglo-Saxão (os quais devem passar pela devida crítica antes de sua incorporação ao nosso sistema), a afirmação do mecanismo condicional como uma metanorma, dentro da estrutura preceptiva do negócio jurídico, serve para aumentar seu potencial como instrumento de regulação de interesses, ao ponto de essa regulação abarcar também o momento da eficácia de diversos efeitos típicos do negócio. Isso demonstra a ductilidade do instituto, sua propensão para a acomodação de interesses, especialmente, no plano paritário dos grandes negócios entre empresários, em que a questão da alocação de riscos é essencial, ainda com o reforço do artigo 421-A do Código Civil, que entroniza o princípio paritário como regra geral, presunção simples, para os contratos civis e empresariais, reforçando o livre arranjo dos interesses, no que diz respeito à interpretação do contrato e suas cláusulas, à alocação de riscos e, mais ainda, alçando a revisão contratual como medida excepcional e limitada.

É a comprovação legislativa de um movimento pendular que, saindo do ambiente das relações assimétricas de consumo e passando para o ambiente empresarial, revivifica o negócio jurídico e a autonomia da vontade enquanto valor e princípio. O negócio jurídico não é uma mera categoria historiográfica, pelo contrário, é instrumento previsto pelo Código Civil e valorizado pela doutrina como polo metodológico da teoria geral do direito privado, em torno do qual gravitam conceitos essenciais, com evidente importância prática.

A discussão sobre os vícios da vontade, sobre a interpretação da declaração conforme a vontade nela consubstanciada, e a questão da causa concreta, todas são oriundas

do estudo do macrotema do negócio jurídico e todas possuem repercussão no cotidiano do direito aplicado.

O negócio jurídico, ao fim e ao cabo, vê-se reafirmado em sua importância como objeto de estudo e, segundo nos parece, essa reafirmação passa pelo reexame dos seus elementos denominados acidentais: condição, termo e encargo, que setorizam o negócio jurídico, dando-lhe o necessário *quid* de concretude e aderência aos interesses reais das partes, o que, do ponto de vista dogmático, é um campo fértil de estudo e ainda pode e deve ser mais explorado. A começar pelos limites da potestatividade da condição, ainda pouco trabalhado pela doutrina pátria, bem como pela possibilidade da condição de adimplemento.

Por outro lado, desde uma perspectiva mais específica, as conclusões principais deste trabalho são as seguintes:

(1) A polifuncionalidade da condição credencia o instituto a ser objeto de estudo mais amplo e profundo pela doutrina brasileira, inclusive, para afirmar a condição de adimplemento como uma possibilidade no nosso sistema, uma vez que não há proibição vigente que se lhe oponha e, ademais, é estruturalmente possível de se fazer. Ao se separar os elementos essenciais do negócio jurídico dos seus requisitos de validade, chega-se à possibilidade de tal condicionamento sem qualquer interferência na validade ou a existência do negócio.

(2) O condicionamento da prestação, portanto, é possível, constituindo-se um reforço do sinalagma funcional, pois, a prestação, embora ato devido, também carrega um importante coeficiente de incerteza que as partes podem querer evitar, substituindo-se ao regime geral para os casos de inadimplemento. Aqui, a prestação é fato, portanto, perfeitamente estruturável como condição.

(3) A fase de pendência típica do negócio sob condição é cada vez mais invadida por variáveis comportamentais típicas da fase de execução do negócio, pois, na fase de pendência, já há negócio. Assim, a boa-fé objetiva incide nessa etapa também, tanto quanto incide, por exemplo, na etapa pré-contratual, com o agravante de que a responsabilidade na fase de pendência, em que já há declaração negocial preceptiva aperfeiçoada, é contratual.

(4) A esse respeito, cumpre notar, que há uma riqueza maior de obrigações nessa mesma etapa que não se limita à presença da obrigação negativa de não interferir no advento ou não advento do fato condicionante. É mais do que isso, e pode-se mesmo, em determinadas circunstâncias, exigir uma conduta ativa do obrigado.

(5) Interessante observar que, do direito estrangeiro, sobretudo italiano, se traz uma percepção bastante útil e com possibilidade franca de aplicação no direito brasileiro, a de que não se trata apenas de não interferir na cadeia causal que conduz ao implemento ou não da condição, mas de tornar íntegras as razões da outra parte. Isso também desdobra para o fato de que são essenciais a essa etapa de pendência, a proteção da confiança e da materialidade subjacente.

(6) Essa visão não constitui em mera importação de um instituto estrangeiro, exatamente porque não se está a tomar por empréstimo um mecanismo jurídico típico de outro ordenamento. A boa-fé objetiva e sua dimensão aderente à realidade do negócio, enquanto operação que realiza interesses concretos das partes e economicamente apreciáveis, é tão aplicável no país quanto em qualquer outro sistema que tenha a cláusula geral de boa-fé entronizada em sua parte geral. E isso é perfeitamente adequado a nossa realidade. Vale notar que a utilização exagerada da boa-fé objetiva deve ser combatida, mas a cláusula geral em si mesma, não pode ser proscrita, porque é um poderoso mecanismo de adaptação do direito legislado à complexidade da vida.

(7) Ademais, a fase de pendência pode ser, sem muita dificuldade, visualizada sob o prisma colaborativo, de consequência, com uma boa-fé agravada, especialmente quanto ao dever de informação e ao dever de não interferência vinculados ao fato condicionante.

(8) Os mecanismos de proteção de interesses no negócio condicionado não se limitam ao artigo 130 do Código Civil, eles estruturam-se dentro do quadro protetivo dos interesses dos figurantes, em primeiro lugar, a própria cláusula geral de boa-fé objetiva; em segundo lugar, os mecanismos de ineficácia, constantes dos artigos 126 e 128 do Código Civil; em terceiro lugar, o mecanismo de ficção jurídica de verificação ou não verificação da condição do artigo 129 do Código Civil.

(9) O sentido e o alcance do artigo 130 do Código Civil, no contexto geral da estruturação legislativa posta a serviço da conservação do direito eventual, somente são bem compreendidos quando se divisa o direito expectativo do direito expectado. Mais ainda, quando se compreende que o direito expectativo é direito instrumental subjetivo aparelhado de pretensão e, por isso mesmo, também ele regido pelo princípio da *actio nata* do artigo 189 do Código Civil.

(10) Além disso, o artigo 130 do Código Civil, possuindo uma dimensão de direito processual, dialoga com o artigo 18, *caput*, do Código de Processo Civil, sendo possível

afirmar uma legitimação extraordinária do credor condicional para a defesa do direito expectado de que ainda não é titular, em nome próprio. Seria o caso, por exemplo, em uma cessão de crédito sob condição suspensiva, a permissão para as medidas de cobrança em juízo diante da inação do cedente, eis que o fato negativo de não cobrar ameaça o futuro direito do expectante.

(11) Os artigos 126 e 128 do Código Civil não são conducentes a uma retroatividade da condição, mas sim, a uma proteção conducente à ineficácia parcial em relação aos atos incompatíveis com a realização da condição, ou seja, proteção à realidade material subjacente ao negócio condicionado, quando se verifica o fato condicionante. É a articulação da nuance do caso, daquela relação jurídica *per se*, combinada com a cláusula geral de boa-fé, que dá a medida da decisão. Inclusive, com base na doutrina, a retroatividade ou a irretroatividade sempre foram objeto de inúmeras exceções, afastando a possibilidade de uma conformação como regra geral. Essa opção, tomada pelo ângulo da ineficácia dos atos incompatíveis com a razão de ser da condição aposta ao negócio, portanto, atende mais ao postulado da operabilidade, tão caro ao Código Civil vigente, sem ofender a lógica da causalidade jurídica, própria da estrutura linear do curso do tempo natural.

(12) A questão da eficácia, inclusive, vem destacada textualmente no artigo 128 do Código Civil a propósito da condição resolutiva, mas a sua racionalidade é aplicável de igual maneira ao artigo 126, tratando da condição suspensiva, podendo-se concluir que “não terão valor”, tal como consta da redação legal, condiz com a ineficácia dessas novas disposições em relação ao credor condicional.

(13) Assim, disposições incompatíveis com a finalidade material do negócio condicionado serão ineficazes.

(14) Com relação ao artigo 129, também do Código Civil, prevendo ficção de verificação da condição quanto aos seus efeitos jurídicos, se tiver seu implemento maliciosamente obstado, ou a ficção de não verificação, se a condição tiver seu implemento maliciosamente levado a efeito, é fundamental compreender sua função tuitiva dos interesses protegidos pela condição, dos interesses da parte prejudicada pela quebra do dever negativo de não interferência e, por vezes, pelo não atendimento a comportamentos ativos a si imputados contratualmente ou pela cláusula geral de boa-fé.

(15) A partir dessa percepção que se compreende a possibilidade real da interpretação conjugada do artigo 129 do Código Civil com a cláusula geral de boa-fé, o que, aí sim, permite abarcar não apenas as condutas dolosas, mas toda ruptura do padrão de

comportamento exigido pela boa-fé, inclusive por força do artigo 187 do Código Civil, tratando do abuso de direito, sobretudo por disfuncionalidade no seu exercício.

(16) A partir da compreensão dessa ficção tão típica da condição como sendo um componente dos mecanismos de conservação do direito, posto sob o seu regime de incerteza e futuridade, é que se faz o arco que vai da estrutura à função, interpretando teleologicamente o dispositivo. Essa interpretação pela finalidade dá eficácia à boa-fé objetiva, nesse contexto da fase de pendência que, por sua singularidade, por alongar a obrigação no tempo, traz evidentes repercussões no que diz respeito aos deveres obrigacionais ali contidos. Essa ficção atua para manter incólumes a incerteza e a futuridade conaturais ao mecanismo condicional.

(17) Sendo assim, a fase de pendência, embora regida por regime jurídico diverso daquele do regime geral de inadimplemento das obrigações, não é neutra no sentido de que não haja a avaliação da conduta da parte, de que não haja a incidência da boa-fé objetiva no seu transcurso. Seu regime deve ser compreendido como eficaz para obrigações que lhe são próprias, mesmo porque ali há direito com pretensão. A partir dessa constatação, somada aos múltiplos deveres da fase de pendência, enriquecida por uma visão para além da mera obrigação negativa, torna-se mais palatável afirmar que se o descumprimento de um desses deveres contribui, rompendo o comportamento de boa-fé, para o implemento ou o não implemento antinatural da condição, isso pode ser objeto de resposta pelo mecanismo do artigo 129 do Código Civil.

(18) A fase de pendência protraí a eficácia do regime de execução das obrigações, enquanto dever de prestar final, relativo ao objeto economicamente visado pelos figurantes, seja bem móvel, imóvel ou intangível. Mas ela traz consigo sua própria eficácia, a começar pela possibilidade evidente do manejo das medidas de conservação e, exatamente por isso, o descumprimento dos deveres ali contidos também encontra resposta no ordenamento. Com efeito, a fase de pendência possui um regime de inexecução que usa do mecanismo da ficção para, exatamente, tornar íntegros os interesses selecionados pela condição.

(19) Em relação às medidas de conservação em espécie, elas se desdobram em medidas de direito material e de direito processual.

(20) Para as medidas de direito material cumpre anotar, em primeiro lugar, que o próprio contrato pode criar as obrigações acessórias que queira para a própria fase de pendência, imputando deveres específicos de informação e proteção, dentro da realidade daquele negócio. Isso, ademais do regime de garantias reais ou fidejussórias, uma vez que o

direito expectativo é uma realidade economicamente apreciável que pode ser objeto de garantia, tanto quanto o direito expectado pode ser garantido condicionalmente.

(21) Também os mecanismos de publicidade exercem uma função importante, sobretudo nos negócios envolvendo direitos reais, a reboque da previsão do princípio da concentração dos atos na matrícula, constante do artigo 54, IV, da Lei n. 13.097/15. Até porque, deve-se, tanto quanto possível, através da publicidade do negócio condicionado, preservar terceiros de boa-fé.

(22) Em relação às medidas de direito processual, forte na ideia de eficácia da tutela jurisdicional, todo o acervo de medidas de caráter antecedente ou não está à disposição do titular do direito expectativo, com a ressalva de que não pode limitar o exercício de determinados direitos de sua contraparte, desde que exercidos por esta última com coerência em relação à realidade material do negócio condicionado.

(23) Pesa ainda, como um ponto a favor, potencializando o alcance das medidas de conservação do artigo 130 do Código Civil, a fungibilidade das tutelas de urgência e a atual ênfase no próprio poder geral de cautela do magistrado, o que reforça a possibilidade de cautelares inominadas para a defesa da expectativa do figurante. Assim, a evolução da doutrina processual civil também impacta nesse dispositivo do Código Civil, outorgando-lhe mais alcance.

Aqui, retorna-se ao ponto de destaque do início do trabalho: a ação humana como atividade projetante exige previsibilidade. Intuitivamente, o ser humano já aloca riscos quando escolhe ou age dessa ou daquela maneira. Significa que todos agem condicionadamente, pensando, ou melhor, projetando uma série de fatos futuros e incertos no seu cotidiano, fatos dos quais depende essa ou aquela determinação volitiva.

A condição em sentido próprio é a projeção no negócio jurídico dessa característica e, por sua vez, a proteção da fase de pendência nada mais é do que o reconhecimento dessa atividade projetante tutelando o processo de aquisição de direitos, sem o que, não há ordem jurídica fiável.

REFERÊNCIAS

- ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- AFONSO, Ana Isabel. *A condição: reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*. Porto: Universidade Católica Editora, 2014.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: Conceito. Fontes. Formação*. 7. ed. rev. e atual. por Maria Helena Brito, Jorge Morais Carvalho e Assunção Cristas. Coimbra: Almedina, 2022. v. 1.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II: Conteúdo. Contratos de troca*. 4. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2018. v. 2.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos IV: Funções. Circunstâncias. Interpretação*. 2. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2018. v. 4.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Invalidez, inexistência e ineficácia. *Católica Law Review*, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 9-33, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/1980/1902>. <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2017.1980>.
- ALMEIDA, Lacerda de. *Obrigações*. Porto Alegre: Typ. de Cesar Reinhardt, 1897.
- AMARAL, Francisco. Brasil 500 anos: influência do direito português no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 85-90, 2000. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20FRANCISCO%20AMARAL%20-%20Brasil,%20500%20Anos.%20Influ%C3%Aancia%20do%20Direito%20Portugu%C3%AAs%20no%20Direito%20Brasileiro.pdf>.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 744, p. 725-750, out. 1997.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre o enquadramento da cláusula *earn-out* na teoria geral do contrato de compra e venda. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 141-145, jul./set. 2020.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1983. v. 2.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 1974. v. 2.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. 5. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017.

ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. 2011. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ARIJA SOUTULLO, Carmen. Cumplimiento ficticio de la condición. In: CAÑIZARES LASO, (Ed.); DIÉGUEZ OLIVA, Rocío (Coord.). *Función de las condiciones en le tráfico inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

ASCARELLI, Tullio. Premissas ao estudo do direito comparado. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1945.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: ações e fatos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 2010. v. 3.

ASTONE, Maria. *L'aspettativa e le tutele: contributo allo studio degli effetti preliminar nelle situazioni di pendenza*. Milano: Giuffrè, 2006.

AUBRY & RAU. *Cours de droit civil français; d'après la méthode de Zacharie*. 4. ed. Paris: Cosse, Marchal & C., 1871. t. 4.

AUBRY & RAU. *Cours de droit civil français; d'après la méthode de Zacharie*. 4. ed. Paris: Cosse, Marchal & C., 1869. t. 1.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Retratação (aspectos de direito civil). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 329-369, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67226>. Acesso em: 23 abr. 2023.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BANDIERAMONTE, Carlotta. *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritti Umani, Teoria, Storia e Prassi – XXX Ciclo) - Università degli Studi di Napoli Federico II – Dipartimento di Giurisprudenza, Napoli, 2017. p. 24. Disponível em: http://www.fedoa.unina.it/12012/1/Carlotta_Bandieramonte_30.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.

BARBERO, Domenico. *Contributo alla teoria della condizione*. Milano: Giuffrè, 1937.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Comentário ao artigo 1.004. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 41-55, set./dez. 1969.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e o direito processual. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 16, p. 101-116, 2002.

BÄRMANN, Johannes. Pacta sunt servanda: considérations sur l'histoire du contrat consensuel. *Revue Internationale de Droit Compare*, Paris, v. 13, n. 1, p. 18-53, janv./mars. 1916.

BDINE JR., Hamid Charaf. Comentário ao artigo 875. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

BELLIZZI, Antonio. La finzione di avveramento dela condizione quale técnica di tutela. In: ALCARO, Francesco (a cura di). *La condizione nell contratto: tra 'atto' e 'attività'*. Padova: Cedam, 2008.

BENETTI, Giovana Valentiniano. *Dolo por omissão no direito civil brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. t. 1.

BEUDANT, Ch. *Cours de droit civil français*. 2. éd. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1936. t. 8.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 10. ed. rev. e atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. São Paulo: Francisco Alves, 1958. v. 4.

BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. e atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. São Paulo: Francisco Alves, 1959. v. 1.

BEVILÁQUA, Clovis. *Código civil comentado*. 9. ed. atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1953. v. 3.

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. São Paulo: Livr. Francisco Alves, 1957.

BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. rev. e atual. pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri-SP: Manole, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOULOS, Daniel Martins. A importância e a disciplina dos contratos atípicos. *Carta Forense*, ago. 1998. Disponível em: http://www.dmbadv.com.br/Arquivos/Artigos/Arquivos/A_Importancia_e_a_Disciplina_dos_Contratos_Atipicos.pdf.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Tema Repetitivo 1051*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1051&cod_tema_final=1051. Acesso em: 31 jan. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BULGARELLI, Waldírio. Diretrizes gerais dos contratos empresariais. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BUTRUCE, Vitor Augusto José. *O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado*. 2019. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CAFARO, Eugenio B.; CARNELLI, Santiago. *Eficacia contractual*. 3. ed. Montevideo: FCU, 2007.

CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. *O contrato de distribuição: uma análise à luz da teoria relacional*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].

CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du droit civil: notions générales*. 5. ed. Paris: A. Pedone, Éditeur, 1927. p. 342..

CARIOTA-FERRARA, L. *El negocio jurídico*. Trad. prólogo y notas de Manuel Albaladejo. Madrid: Aguilar, 1956.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. 2. reimp. São Paulo: Lejus, 1999.

CARRARA, Giovanni. *Formazione dei contratti*. Milano: Francesco Vallardi, 1915.

CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado, ou, Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1899.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 6.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 6. ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. v. 6, parte II.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908.

CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*. 2. ed. posta de acordo com o Código Civil, as leis em vigor, a doutrina e a praxe pelo Dr. Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Impr. Universitária, 1966.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. Influência da Pandectística no Código Civil brasileiro. *R. IHGB*, Rio de Janeiro, ano 178, n. 472, p. 91-104, jan./mar. 2017.

CESAR, José Augusto. *Ensaio sobre os actos jurídicos*. Campinas: Typ. da Casa Genoud, 1913.

CESAR, José Augusto. Notas ao Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, [Universidade de São Paulo], São Paulo, v. 24, p. 178, 1928. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/download/65220/67825/86272>.
<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8227.v24i0p177-183>.

CHIESI, Gianpaolo. *La buona fede in pendenza della condizione*. Padova: CEDAM, 2006.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Orgs.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais: da formação do tipo à interpretação e integração dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Crédito direto a consumidor. Objeto e causa do negócio. A questão do aval condicionado. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 513.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. Enunciado 26. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Comercial. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 27*. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Comercial. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 51* Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Comercial. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 438*. Aprovado na V Jornada de Direito Civil. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 537*. Aprovado na VI Jornada de Direito Civil. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. *Enunciado 626*. Aprovado na VIII Jornada de Direito Civil. Coordenação científica Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, 2018. <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>.

COPI, Irving Marmer. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CORBIN, Arthur L. Conditional delivery of written contracts. *The Yale Law Journal*, v. 36, n. 4, p. 443-463, Feb., 1927. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/789635> Acesso em: 11 jun. 2023.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias; medidas de conservação*. Belo Horizonte: Livr. Bernardo Álvares Editora, 1956.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e atual. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

CRAVEIRO, Mariana Conti. *Pactos parassociais patrimoniais: elementos para sua interpretação no direito societário brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 50, p. 32-77, 1955. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66222>. Acesso em: 2 nov. 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. Paris: Librairie Plon, 1917.

DABIN, Jean. *La teoría de la causa: estudio historico y jurisprudencial*. Trad. Francisco de Pelsmaeker. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*. rev. e atual. por Gustavo Tepedino *et al.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Versão portuguesa de Fernando Miranda. São Paulo: Saraiva & Cia., 1941.

DEFOSSEZ, Michel. Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1985.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao Código Civil brasileiro: dos fatos jurídicos*. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

DELGADO, Mário Luiz. *Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE MATTIA, Fábio Maria. Ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, (Separata) São Paulo, fasc. 61-62, p. 5 e ss., 1967.

DEROUIN, Phillippe. Pour une analyse ‘fonctionnelle’ de la condition. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 77, n. 1, p. 1-41, jan./mar. 1978.

DIAS, Adahyl Lourenço. *Venda a descendente*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.

DIAS, Daniel Pires Novais. *Negócio jurídico fundacional*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

DIDIE JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, p. 137-143, abr./jun, 2015.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío. Las condiciones de cumplimiento en la contratación inmobiliaria: la inscripción en el Registro de la Propiedad como condición de cumplimiento. In: CAÑIZARES LASO, (Ed.); DIÉGUEZ OLIVA, Rocío (Coord.). *Función de las condiciones en le tráfico inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996. v. 1.

DIEZ-PICAZO, Luís. El tempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de ‘conditio pendens’. *Anuário de Derecho Civil*, 1969. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1969-10012900144. Acesso em: 05 set. 2021.

DINIZ, Almachio. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1916.

DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 112. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2010.

DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 125. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 126. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 128. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 130. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 135. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 140. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

DUARTE, Nestor. Comentário ao artigo 189. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

DUARTE, Nestor. *Penhor de título de crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ENCARNACIÓN, Ana María de la. *El tratamiento de la expectativa en el derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, leveraged buy-out e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

EROLE, Pedro Vinicius Giordano. *Boa-fé objetiva contratual a partir dos planos da existência, validade e eficácia*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25032021-193457/publico/5430826_Tese_Original.pdf.

ESPÍNOLA, Eduardo. Condição (verbete). In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. J. M. de Carvalho Santos coadjuvado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. v. 10.

ESPÍNOLA, Eduardo, *Sistema do direito civil brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961. v. 2.

FADDA, Rossela. La tutela del creditore nella pendenza del termine. In: CORRIAS, Paolefisio (a cura di) *Liber Amicorum per Angelo Luminoso*. Contratto e mercato. Milano: Giuffrè, 2013. v. 1, p. 528-529.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil*. 2008. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1941.

FAORO, Guilherme de Mello Franco. A condição suspensiva e o tempo: problemas de merecimento de tutela. *Revista de Direito Privado*, n. 103, p. 35-59, jan./fev. 2020.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. The new provisions on conditions in the UNIDROIT Principles 2010. *Uniform Law Review*, 1. 16, n. 3, p. 537-548, Aug. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ulr/16.3.537>.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Position paper on conditions. *UNIDROIT*, Study L – Doc. 103, May 2007. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/documents/2007/study50/s-50-103-e.pdf>.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil: fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*. 5. ed. rev. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. v. 2.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Distinção entre condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: repercussões na falência e na recuperação judicial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 188, abr./jun. 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 17-18, p. 51-56, jul./dez. 1981.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 31, jul./dez. 2007. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Ferreira_n31.pdf.

FERREIRA, Durval. *Negócio jurídico condicional: pessoas colectivas públicas: os motivos atípicos e a unidade do sistema jurídico na prova e interpretação da declaração negocial*. Coimbra: Almedina, 1998.

FERRER CORREIA, A. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 2. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, 1959.

FERSON, Merton. Conditions in the law of contracts. *Vanderbilt Law Review*, v. 8, n. 3, 1955. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol8/iss3/1>. Acesso em: 18 jun. 2023.

FESTAS, David de Oliveira. Breves considerações sobre os poderes potestativos. In: MENEZES CORDEIRO, Antonio (Coord.). *Código Civil. Livro do Cinquentenário*. Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge. Coimbra: Almedina, 2019. v. 1.

FINAZZI, Giovanni. *La struttura e l'adimento: correttezza e buona fede*. Milano: CEDAM/Wolthers Kluwer, 2018. (Trattato delle Obbligazioni. Diretto da Luigi Garofalo e Mario Talamanca, v. 1).

FONSECA NETO, Dilson Jatahy. *Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S. A.* São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 445.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. v. 1.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 46.

FREIRE, José Luís de Salles. Cláusulas de *earn out* em aquisições. *Boletim Capital Aberto*, ed. 80, abr. 2010. Disponível em: <https://capitalaberto.com.br/nao-listavel/clausulas-de-earn-out-em-aquisicoes/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: Typ. Univ. de Laemmert, 1860. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=p70GAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbg_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Pref. de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília-DF: Senado Federal; Conselho Editorial, 2003. (Coleção história do direito brasileiro. Direito civil; 1). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>.

GALGANO, Francesco. Prólogo. In: BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. 2. ed. Torino: UTET Giuridica, 2014.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro. *Dever de proteção nas relações contratuais*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *Parte general del derecho civil español*. Madrid: Civitas, 1983. p. 323.

GERALDES, João de Oliveira. Sobre o poder de renunciar unilateralmente a condições suspensivas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 8, v. 29, p. 299-337, out/dez, 2021. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1028>.

GERALDES, João de Oliveira. *Tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva: estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Trad. de la séptima edición italiana. Madrid: Editorial Reus, 1930. v. 4.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 20. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos. *In: GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2. ed. atual. aum. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. v. 4, t. 2.

GRONDONA, Mauro. Pendencia de la condición mixta y relevancia de la buena fe en el derecho civil italiano: un análisis jurisprudencial. *In: VELAUCHAGA, Luciano Barchi (Ed.). Dogmática y práctica del derecho privado moderno: estudios jurídicos en homenaje al professor Gastón Fernández Cruz*. 1. ed. Lima-PE: ARA Editores, 2022. t. 1.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhéo. Maximização das garantias sobre imóveis: hipoteca dos direitos expectativos do devedor fiduciante. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 243-263, out/dez. 2019.

GUEIROS, Nehemias. *Da condição: em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Comercio, 1935.

HADDAD, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 22-23. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25112016-115916/publico/Tese_Integral_Luis_Gustavo_Haddad.pdf. Acesso em: 23 abr. 2023.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948.

HÖRSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A parte geral do Código Civil português*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019.

INDOLFI, Maria. La condizione secondo la teoria della fattispecie. La concezione di Angelo Falzea. I successivi sviluppi. In: ALCARO, Francesco (a cura di). *La condizione nel contratto. Tra 'atto' e attività*. Padova: Cedam, 2008.

IRTI, Natalino. El negocio jurídico como categoría historiográfica. Trad. César Moreno More. *Revista IUS ET VERITAS*, v. 24. n. 52, p. 134-147, jul. 2016. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16376/16780>.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O Direito pós-moderno e a codificação. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. 1986. Tese (Professor Titular). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KASER, Max. *Derecho romano privado*. Trad. Jose Santa Cruz Teijeiro, 2. ed. Madrid: Reus, 1982.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. Técnica legislativa contratual e o embate entre essencialia e método tipológico. *Revista dos Tribunais Online*, p. 1-20, 2021. [Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 8, v. 26, p. 61-84, jan./mar. 2021]. Disponível em: <https://konder.adv.br/wp-content/uploads/2021/05/Tecnica-legislativa-contratual-v->

LAFAILLE, Hector. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1950. v. 2.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Buenos Aires: EDERSA, 1978.

LATINA, Mathias. *Essai sur la condition en droit des contrats*. Paris: LGDJ, 2009. (Collection Thèses).

LATINA, Mathias. Rapport français – Le nouveau régime des obligations conditionnelles. *In*: SCHULZE, Reiner; WICKER, Guillaume; MÄSCH, Gerald; MAZEAUD, Denis (Eds.). *Droit compare et européen*. vol. 20. La réforme du droit des obligations em France. 5èmes Journées Franco-Allemandes. Sous la direction de Reiner SCHULZE, Guillaume WICKER, Gerald MÄSCH, Denis MAZEAUD. Paris: Société de Législation Comparée, 2015. v. 20.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. atual. José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Manual elementar de direito civil*. Introdução - Parte geral - Direito de família. São Paulo: Livr. Saraiva & Cia., 1930. v. 1.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

LENZI, Rafaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*. L'adempimento dedotto in condizione. Milano: Giuffrè, 1996.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 5, v. 16, p. 124, jul./set. 2018.

LENER, Giorgio. *Contributo allo studio della condizione unilateral*. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19112009-133339/publico/Filipe_Antonio_Marchi_Levada_Dissertacao.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. *Garantias autoexecutáveis*. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *O contrato de penhor*. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arras. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore Coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentário ao artigo 1.487. *In*: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. Barueri-SP: Manole, 2010.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25.

MAIORCA, Sergio. Condizione. In: DIGESTO delle discipline privatistiche. Sezione Civile. III. Ristampa. Torino, 1988.

MAIORCA, Sergio. Condizione (síntesi di informazione). *Rivista di Diritto Civile*, Padova, pt. 2, 1984.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva*. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. 2001. Tese (Titularidade) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rêgo Freitas Dabus. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARCELLO, Daniela. L'uso della condizione in prospettiva rimediale. In: ALCARO, Francesco (a cura di). *La condizione nel contratto. Tra 'atto' e attività*. Padova: Cedam, 2008.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fran. *Titulos de crédito*. I. Letra de câmbio e nota promissória. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva: função, estrutura e regime jurídico*. São Paulo: Almedina, 2017.

MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. O princípio da boa-fé objetiva nos negócios sob condição suspensiva. In: BENETTI, Giovanna *et al.* (Org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 742.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MAZZA, Giacomo. *Sulla teorica delle condizioni illecite nei testamenti*. Torino: Fratelli Bocca, Editori, 1899.

MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição ao estudo da eficácia do negócio jurídico *pendente conditione*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 65-85, 1977. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=NTk1NA%2C%2C>.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, João de Castro. Condição necessária, impossível e indeterminável. *Direito e Justiça*, v. 1, n. 1, p. 65, jan. 1980.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico*. 5. ed. com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2021. v. 2.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. t. 2.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial: derecho de las obligaciones: parte general*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. t. 4.

MILHAC, Olivier. *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*. Paris: LGDJ, 2001. (Bibliothèque de Droit Privé).

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Autonomia privada: conceito, atuação e limites. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, ano 1, n. 1, 1984.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1989.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 62, n. 2, p. 305-318, 1967. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66526>. Acesso em: 7 nov. 2021.

MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. *Pacto de melhor comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*. Madrid: Dykinson, 2010.

MORAIS ANTUNES, João Tiago. *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra: Almedina, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 109-123, jul./set. 1987.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 96-97.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOURA, Miguel de Azevedo. A condição (própria): conceito, modalidades, pendência, verificação e eficácia – um estudo jurídico-comparativo do regime português e inglês. *De Legibus*: revista de direito, Faculdade de Direito, Universidade Lusófona, n. 0, p. 219, 2020. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus/article/view/7439/4406>. <https://doi.org/10.53456/dlb.vi.7439>.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. 2.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

OIOLI, Erik Frederico. *Regime jurídico do capital disperso na lei das S.A.* São Paulo: Almedina, 2014.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo: (arts. 79 a 137)*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

ORSOVAY, Natalia Yazbek. *A extraconcursalidade dos créditos garantidos por propriedade fiduciária na recuperação judicial: uma análise à luz da solução coletiva para a empresa em crise*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 219-245, jan./abr. 2016.

PATTERSON, Edwin W. Constructive conditions in contracts. *Columbia Law Review*, v. 42, n. 6, p. 903-954, 1942. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1117159>. Acesso em: 18 jun. 2023.

PELOSI, Angelo Carlo. Aspettativa di diritto. In: DIGESTO dele discipline privatistiche. Sezione Civile. I. Ristampa. Torino: UTET, 1998.

PELOSI, Angelo Carlo. *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*. Milano: Giuffrè, 1975.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n, 20, p. 264, out/dez. 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Cláusulas típicas do negócio jurídico: condição, termo e encargo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Millenium, 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. 2013. Tese (Livre Docência em Direito Privado e Processual Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PETRELLI, Gaetano. *La condizione 'elemento essenziale' del negozio giuridico: teoria generale e profili applicativi*. Milano: Giuffrè, 2000.

POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Direitos das obrigações: Expedição. Contrato de agência. Representação de empresa. Fiança. Mandato de crédito. Constituição de renda. Promessa de dívida. Reconhecimento de dívida. Comunidade. Edição. Representação teatral, musical e de cinema. Empreitada. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 44.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 5.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. t. 3.

PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo: Duprat & Comp., 1909.

PRADO, Augusto César Lukaschek. STJ – Recurso Especial 1.922.153/RS. Comentário. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo ano 9, v. 32, p. 461-504. jul./set. 2022.

PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*. p. 13. https://www.academia.edu/33509228/Salvatore_Pugliatti_Precisazioni_in_tema_di_causa_del_negozio_giuridico_1947 Acesso em: 10 abr. 2022 .

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RAZUK, Paulo Eduardo. *Da notificação*. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

REALE, Miguel. Espírito da nova lei civil. In: REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 35-38.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. Situações subjetivas e direito subjetivo. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 71, p. 23, jan. 1976. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66771/69381>.

REI, Maria Raquel Aleixo Antunes. Da expectativa jurídica. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, n. 1, p.149-180, abr. 1994.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. do “Jornal do Commercio” de Rodrigues & C, 1905.

RIBEIRO, Gustavo Pires. As cláusulas de *earn-out* e a mediação. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 109-129, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/142/106>.

RIBEIRO FILHO, Basileu. *Condição potestativa pura e indeterminação da prestação*. 1949. Tese (Livre Docente de Direito Civil) - Faculdade Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 1949.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. da terceira edição francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937.

RIVA, Ilaria. A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 67, n. 1, p. 203-207, 2013.

ROCHA, Manuel António Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 6. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886. t. 1 e t. 2.

RODRIGUES, Silvio. Da retroatividade e da irretroatividade das condições. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 367-375, jul./set. 2015.]

RODRIGUES, Sílvio. *Das arras*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1955.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 821, p. 83-84, mar. 2004.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier. *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RTDC – Entrevista com o professor Antonio Junqueira de Azevedo. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RUGGIERO, Roberto de. Condição captatória. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. CSão Paulo: Saraiva, 1977.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas-SP: Bookseller, 1999. v. 1.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SABORIDO SANCHEZ, Paloma. La celebración o el cumplimiento de contrato como condición suspensiva de una diferente relación contractual. *Anuário de Derecho Civil*, Madrid, 2019. p. 315-354. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2019-20031500354. Acesso em: 31 jul. 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. *La sustitución procesal: análisis crítico*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2017. (Tesis Doctoral).

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. del Alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1878. t. 1.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. del Alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. 1879. t. 2.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 91, p. 154, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67332/69942>.

SCALISI, Vincenzo. La teoria del negozio giuridico a cento anni del BGB. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 44, n. 5, p. 539, sett./ott. 1998.

SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SENN, Félix. La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, v. 33, p. 163-180, 1956.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camoli; YARSHELL, Flávio (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. Passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Reimpr. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Orgs.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SILVA, João Calvão da *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA FILHO, Osny da. Entre mercado e hierarquia: repercussões da desverticalização na disciplina dos contratos empresariais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 51, n. 163, p. 120-137, set./dez. 2012.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Eduardo Francisco de. *A colaboração nos contratos empresariais*. 2020. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

SOUZA NETO, José Soriano de. *A construção científica alemã sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a natureza jurídica do reconhecimento da filiação ilegítima*. Recife: Impr. Universitária, 1957.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SURGIK, Aloísio. Considerações críticas em torno do princípio *pacta svnt servanda*. In: FUNDAMENTOS romanísticos del derecho contemporáneo. Madrid: AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano; **Boletín Oficial del Estado**, 2021. p. 379-396. (Colección: Derecho Romano, t. 7). Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-70037900396. Acesso em: 11 jan. 2022.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: Humberto Ávila (Org.) *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TATARANO, Giovanni; ROMANO, Carmine. *Condizione e modus*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. (Collana: Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato).

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/48487>. Acesso em: 17 set. 2022.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Notas sobre a condição no negócio jurídico. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 16, p. 61-83, jul./set. 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório vs. Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito das garantias*. 1. 3d. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: LGDJ, 1975.

THON, Augusto. *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*. 2. ed. Trad. Alessandro Levi. Padova: CEDAM, 1951.

TOMASETTI JR., Alcides. *Execução do contrato preliminar*. 1982. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020.

TRIMARCHI, Piero. La finzione di avveramento e la finzione di non avveramento della condizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1966.

TUHR, A. von. *Derecho civil: los derechos subjetivos y el patrimonio*. Madrid: Marcial Pons, 1998. v. 1.

TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2005. v. 2.

TUHR, A. von. *Derecho civil: los hechos jurídicos (continuación)*. Madrid: Marcial Pons, 2005. v. 3.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. Donación, condición y conversión jurídica material. *Anuario de Derecho Civil*, p. 1205 a 1328, 1952. Disponível em: https://www.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1952-40120501328. Acesso em: 12 dez. 2021.

VARGAS, Lurdes. A condição nos direitos português e norte-americano: possibilidade e impossibilidade. *De Legibus. Revista de Direito*, n. 0, p. 137-195, 2020. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus/article/view/7438/4405>.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Um estudo sobre a pressuposição*. Relatório apresentado na disciplina de Direito Civil na parte escolar do mestrado. Lisboa: Fac. de Dir. de Lisboa, ano letivo 1997/1998. Disponível em: <https://www.paisdevasconcelos.com/ppv-2>. Acesso em: 25 jan. 2022.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos. Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, p. 3-40, 1981. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1981-10000300040. Acesso em: 23 jul. 2022.

VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIANA, Bonfim. *Fundamentos das exceções cambiárias: ensaio*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WALLINGA, Tammo. La libertad contractual: del derecho romano al derecho privado moderno. In: FUNDAMENTOS romanísticos del derecho contemporáneo. Madrid: AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano; Boletín Oficial del Estado,

2021. p. 615-632. (Colección: Derecho Romano, t. 11). Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0061500632. Acesso em: 11 jan. 2022.

WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (Coords.). *Lei de Arbitragem comentada: Lei nº 9.307/1996*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. Luis Díez-Picazo. Santiago-Chile: Ediciones Olejnik, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *A justa causa no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

Legislação e jurisprudência estrangeiras

CASSAZIONE civile. Sez. II. Ordinanza n. 11437 del aprile 2022. (1 massima) *Brocardi.it*. Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/73212.html>. Acesso em: 28 mai. 2023.

CASSAZIONE CIVILE. Sez. III. Sentenza 18325 del 27 agosto 2014 (massima n. 2). Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/55451.html>. Acesso em: 17 nov. 2021.

CASSAZIONE civile. Sez. III. sentenza n. 1204 del 4 aprile 1975. (1 massima) *Brocardi.it*. Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/5506.html>. Acesso em 04 jun. 2023.

CASSAZIONE civile. Sez. Lavoro. Sentenza n. 23093 del 11 novembre 2016. (1 massima) *Brocardi.it*. Disponível em: <https://www.brocardi.it/massimario/44390.html>. Acesso em: 28 mai. 2023.

CORTE DI CASSAZIONE. Sez. III Civile – Sentenza 18 luglio 2014, n. 16501 – Pres. Salmè – est. Sestini – T. A. (avv. Domenico Fasanella e A. L. Deramo) c/ Tenuta del Gargano S.r.l. (avv. E. Follieri, R. Follieri e L. Follieri) e P. F. (avv. Gianfranco Cors. Disponível em: <https://www.diritto.it/corte-di-cassazione-sez-iii-civile-sentenza-18-luglio-2014-n-16501-pres-salme-est-sestini-t-a-avv-domenico-fasanella-e-a-l-deramo-c-tenuta-del-gargano-s-r-l-avv/>. Acesso em: 25 jan. 2023.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Corte di cassazione, Sezioni unite civili, Sentenza 19 settembre 2005, n. 18450. <https://www.eius.it/giurisprudenza/2005/142> Acesso em: 22 jan. 2023.

ITALIA. *Codice civile del Regno d'Italia (1865)*. Titolo II: Delle successioni. Disponível em: https://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_300.pdf. Acesso em: 08 jan. 2021.

PORTUGAL. *Código filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Filipe I. Ed. fac-símlar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona de Coimbra, de 1821 / por Cândido Mendes de Almeida. Brasília-DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012. p. 781-782. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562747>. Acesso em: 07 nov. 2021.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 262/86*. Código das Sociedades Comerciais. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1986-34443975>. Acesso em: 13 fev. 2022.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo 1837/10.8TBCTB.C1*. Relator: Freitas Neto. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9522f1c5dbf08cfc80257b24003955aa?OpenDocument>. Acesso em: 25 jan. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Ordonnance n° 2016-131 du février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000032004939/>. Acesso em: 03 out. 2021.

UNIDROIT. *Princípios UNIDROIT*. Sobre los contratos comerciales internacionales 2016. Roma: UNIDROIT, 2018. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf> Acesso em: 17 nov. 2021.