

A cláusula *solve et repete* como mecanismo de gestão dos riscos contratuais: contornos e limites no direito brasileiro

The solve et clause repeats as a mechanism for managing contractual risks: contours and limits in brazilian law

La cláusula solve et repete como mecanismo de gestión de los riesgos contractuales: contornos y límites en el derecho brasileño

Danielle Tavares Peçanha*
Gustavo Tepedino**
Paula Greco Bandeira***

Resumo

O presente ensaio é dedicado à cláusula *solve et repete*, que se constitui em mecanismo legítimo de alocação positiva dos riscos contratuais, por meio do qual se garante a exequibilidade imediata da prestação, ainda que existam razões jurídicas que justifiquem a possibilidade de não cumprimento ou o retardamento da prestação pelo devedor. Inserida no exercício legítimo da autonomia negocial dos contratantes, sujeita-se tal disposição a controle de legalidade e abusividade, do que se extrai a relevância de seu estudo, com base em seus contornos e limites no direito brasileiro, à luz da legalidade constitucional.

Palavras-chave: cláusula *solve et repete*; gestão positiva de riscos; contratos; autonomia privada.

Abstract

This essay is dedicated to the solve et repeat clause, which constitutes a legitimate mechanism for the positive allocation of contractual risks, through which the immediate feasibility of the performance is guaranteed, even if there are legal reasons that justify the possibility of non-compliance or delay in payment by the debtor. Inserted in the legitimate exercise of the negotiating autonomy of the contracting parties, this provision is subject to the control of legality and abusiveness, from which the relevance of its study is extracted, based on its contours and limits in Brazilian law, in light of constitutional legality.

Keywords: solve et repete clause; positive risk management; contracts; private autonomy.

Resumen

El presente ensayo es dedicado a la cláusula solve et repete, que se constituye en mecanismo legítimo de destinación positiva de los riesgos contractuales, por medio de lo cual se garantiza la viabilidad inmediata de la parcela, aunque existan razones jurídicas que justifiquen la posibilidad de no cumplimiento o el retraso del pago por el deudor. Inserida en el ejercicio legítimo de la autonomía negocial de los contratantes, se sujeta tal disposición al control de legalidad y de exceso, de lo que se extrae la relevancia de su estudio, con base en sus contornos y límites en el derecho brasileño, a la luz de la legalidad constitucional.

Palabras clave: cláusula *solve et repete*; gestión positiva de riesgos; contratos; autonomía privada.

*  Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro efetivo da Comissão de Direito Civil do Conselho Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ). Integrante da equipe do escritório Gustavo Tepedino Advogados. Advogada e pesquisadora. E-mail: tav.danielle@yahoo.com.br

**  Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Livre-docente pela UERJ. Advogado. E-mail: gt@tepedino.adv.br

***  Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Advogada. E-mail: pgb@tepedino.adv.br

1 Introdução

Alude-se com frequência, na atualidade, à *Era do Risco*, no âmbito da qual o contrato desponta como o instrumento jurídico posto à disposição da autonomia privada para disciplinar os riscos econômicos previsíveis relativos às operações negociais, especialmente as continuativas, que se protraem no tempo. Tais riscos econômicos previsíveis, que se materializam com as naturais oscilações da economia negocial, repercutem sobre as prestações contratuais e, por isso mesmo, não de ser geridos pelo contrato, que irá alocar esses riscos aos contratantes.

Em cenário assim delineado, as denominadas cláusulas, *solve et repete* (“*pay first, argue later*” ou, no vernáculo, “pague e depois reclame”), ganham cada vez mais destaque, por meio das quais os contratantes, premidos por exigências de celeridade e eficiência de certos setores econômicos, preveem a inoponibilidade de certas exceções pelo devedor quando acionado pelo credor. Cuida-se de disposição negocial que determina a sujeição do devedor ao cumprimento imediato da obrigação que lhe cabe, sem que possa invocar matérias de defesa que o permitiriam recusar o cumprimento, não fosse o acerto negocial.

Cada vez mais frequentes no tráfego negocial, justifica-se o estudo pormenorizado da cláusula *solve et repete* no direito brasileiro na medida em que constitui importante instrumento de gestão do risco à disposição das partes contratantes. Assim, pautando-se na liberdade negocial, tal disposição encontra-se em consonância com os princípios da autonomia privada, do equilíbrio econômico e da obrigatoriedade dos pactos, razão pela qual objetiva-se esmiuçar suas principais peculiaridades e forma de operacionalização, dada a sua crescente relevância na praxe contratual.

Em que pese, tratar-se de útil mecanismo de gestão de riscos contratuais, discute-se, como se verá adiante, acerca de sua validade e eficácia em determinadas relações negociais, a depender da natureza do direito em questão e da função do regulamento de interesses no qual se encontra inserida. Nesta perspectiva, objetiva-se identificar o perfil funcional da cláusula *solve et repete*, destacando-se seus principais contornos e limites na legalidade constitucional.

2 O contrato como mecanismo de alocação de riscos

Contratar é *se arriscar*: não há contrato sem risco. Ao contratar, as partes, precisamente em razão da incerteza quanto ao implemento do risco, desconhecem o resultado econômico final do negócio, não sabem se irão lucrar ou perder economicamente; se o negócio é bom ou ruim. O risco se mostra presente em qualquer espécie negocial, quer se trate de contrato aleatório – assim qualificado pela identificação da álea jurídica como elemento integrante de sua causa, para além da álea normal –, quer se trate de contrato comutativo – caracterizado pela sujeição exclusivamente à álea normal –, sendo, portanto, objeto de gestão pelos contratantes¹. Daí a indagação recorrente, na linguagem vulgar, diante de determinado contrato, de *qual é o risco do negócio* assumido pelas partes. Em matéria de risco negocial, avulta, assim, em importância, a repartição de riscos efetuada pela autonomia privada no concreto regulamento de interesses, a qual poderá decorrer da gestão positiva ou negativa da álea normal.

Em tal perspectiva, compreende-se o contrato, portanto, como mecanismo do qual se vale a autonomia privada para a gestão dos riscos econômicos pertinentes a determinada operação que almeja concretizar. Com efeito, os negócios jurídicos levados a cabo pelos particulares, notadamente os contratos empresariais, têm por finalidade repartir os riscos de determinada operação econômica entre os contratantes, de modo a fixar as respectivas responsabilidades².

Por outras palavras, o regulamento de interesses atribui ao contratante a responsabilidade pelas consequências deflagradas pelo implemento de determinado fato superveniente previsível, cuja ocorrência, no momento da contratação, era incerta (*rectius*, risco). A verificação do risco repercutirá, assim, na esfera jurídica dos contratantes, desencadeando as responsabilidades definidas no contrato, com impacto na relação contratual e na economia das partes.

¹ Sobre a qualificação dos contratos aleatórios a partir da álea jurídica, cfr. BANDEIRA, Paula Greco. **Contratos Aleatórios no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

² Tais relações contratuais se caracterizam pela simetria entre as partes. Nesse sentido, o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF) estabelece que “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações empresariais”.

A Lei das Liberdades Econômicas, Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019, introduziu no Código Civil o art. 421-A, o qual, em seu inciso II³, destaca a importância de se respeitar a alocação de riscos definida pelos contratantes em relações paritárias, com simetria informacional, por expressar a finalidade econômica perseguida pelas partes com a ultimação do negócio⁴. Em uma palavra, a observância à alocação de riscos estabelecida pelos contratantes encontra-se em consonância com os princípios da autonomia privada, do equilíbrio econômico e da obrigatoriedade dos pactos (Tepedino; Bandeira; Konder, 2024, p. 173). Admite-se, em caráter excepcional, a revisão do contrato, com alteração da repartição de riscos originária (art. 421-A, III,⁵ do Código Civil), desde que atendidos os pressupostos legais estabelecidos pelos arts. 478 e ss⁶.

De fato, a partir da alocação de riscos estabelecida pelas partes, define-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade ou correspectividade entre as prestações, o qual revela a racionalidade econômica do negócio. A equação econômica subjacente ao contrato traduz o seu equilíbrio intrínseco, desejado pelos contratantes, o qual, por isso mesmo, há de ser perseguido em respeito aos princípios do equilíbrio contratual⁷, da autonomia privada e da obrigatoriedade dos pactos.

Ressalte-se que o conceito de risco contratual se relaciona diretamente com o de equilíbrio, tendo em conta que as partes estabelecem negocialmente a repartição dos riscos como forma de definir o equilíbrio do ajuste (Bessone, 1969, p. 2). Ao se perquirir a alocação de riscos estabelecida pelos contratantes, segundo a vontade declarada, o intérprete deverá atentar para a função prático-social ou para a causa do concreto negócio (Perlingieri, 2002, p. 116-117). Neste particular, deverá observar se está diante de contrato típico ou atípico. Cada tipo contratual possui critérios de repartição do risco previamente estabelecidos em lei. Entretanto, as partes poderão modelar a alocação de riscos do negócio, inserindo na sua causa alocação de riscos específica e incomum a certa espécie negocial, a dar vida a negócios atípicos.

Ao lado da causa ou função prático-social do negócio, o intérprete, para fins de identificação da alocação de riscos e das respectivas responsabilidades, há de considerar a qualidade das partes, investigando-se a atividade normalmente praticada pelos contratantes à luz dos usos negociais, que se agregam ao regulamento de interesses⁸. A título de ilustração, considera-se razoável imputar maior risco a empresários do que a indivíduos que não sejam *experts* em determinado tema ou setor (Bessone, 1969, p. 39). Ou, ainda, imputar a responsabilidade ao contratante pelo risco inerente à atividade econômica por ele regularmente desenvolvida. Deve-se, de outra parte, observar se há cláusula limitativa ou excludente de responsabilidade, bem como identificar o sistema de responsabilidades que decorrem da interpretação sistemática e teleológica das cláusulas contratuais⁹.

³ “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”.

⁴ V., dentre outros, LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Sobre o ponto, v. tb. AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Reflexões acerca da função social do contrato e da autonomia privada, após a declaração dos direitos de liberdade econômica. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 5-21, jan./mar. 2020.

⁵ “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: (...) III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

⁶ Sobre a importância de se respeitar a alocação de riscos, cfr. interessante precedente que, a despeito do cenário de pandemia da Covid-19, determinou a observância do conteúdo pactuado em contrato de compra e venda de energia celebrado no Ambiente de Contratação Livre: “Agravado de Instrumento. Tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Decisão agravada que defere liminar para que a Agravante efetuassem a cobrança da metade do valor mínimo das faturas de consumo de energia elétrica até que perdurasse o fechamento do shopping, ora Agravado, em decorrência da pandemia (Covid-19). Reforma. “*Contrato de aquisição de energia elétrica firmado entre as partes no ‘Ambiente de Contratação Livre (ACL)’, no qual as pessoas jurídicas contratantes se encontram em igualdade de condições, não se tratando de um contrato de adesão, regulado pelas normas do Direito do Consumidor. Contrato financeiro que leva ao aderente os riscos da contratação e variação do preço da energia no mercado (Preço de Liquidação de Diferenças - PLD), conforme tenha sobras ou déficits em dado momento, não sendo razoável afastar cláusula contratual livremente pactuada e desconsiderar, por completo, a alocação de riscos previstas no instrumento.* Provisório do recurso” (TJRJ, Ag Inst 0033074-45.2020.8.19.0000, Rel. Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, 7ª CC, julg. 20.10.2020; grifou-se). V. tb. TJSP, Ap. Civ. 1006216-86.2015.8.26.0566, Rel. Des. Cesar Ciampolini, 1ª C. D. Priv, julg. 04.10.2017.

⁷ A ideia de equilíbrio contratual se aproxima da noção de sinalagma funcional a que a doutrina faz referência. Cfr., na doutrina italiana, BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*, Milano: Giuffrè, 1987. v. 3. p. 488

⁸ Os usos negociais consistem em fonte de integração dos contratos. Sobre o ponto, cfr. Judith Martins-Costa: “As características até aqui enunciadas justificam o peculiar e muito complexo papel dos usos do comércio (‘usos do tráfico’), expressão ora empregada latamente, bem como das práticas das partes na atividade empresarial. Para além de serem criadores de formas contratuais e de modos de comportamento e comunicação empresarial, os usos são considerados, no plano propriamente hermenêutico, fonte de heterointegração normativa” (Martins-Costa, 2015, p. 288-289). Veja-se, também, a síntese de Paula Forgioni: “A prática reiterada de acordos com a mesma função econômica leva à segurança e à previsibilidade em relação ao comportamento da outra parte, porque cria um padrão de mercado que passa a ser a conduta esperada do mercador (legítima expectativa)” (Forgioni, 2010, p. 524-531).

⁹ Sobre o tema, v. ALPA, Guido. *Rischio*. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, 1989, v. 40, p. 1158, em que o autor passa em revista critérios que devem orientar o juiz na repartição dos riscos, dentre os quais o exame da qualidade das partes; da prestação (fungível, infungível etc.); e da função econômica do negócio.

A alocação dos riscos econômicos há de ser identificada, portanto, no caso concreto, de acordo com o específico regulamento de interesses. Deste modo, mostra-se possível alargar a responsabilidade dos contratantes, imputando-lhes risco maior do que aquele comumente assumido em determinado tipo contratual; ou, ainda, diminuir o seu espectro. Imagine-se, por exemplo, contrato de empreitada, em que as partes atribuam ao empreiteiro a responsabilidade pelas chuvas abundantes que atrasem o cronograma da obra, ainda que, reiteradamente, as chuvas configurem fortuito ou força maior, capazes em tese de afastar a responsabilização do devedor.

Em relações paritárias, em que não há assimetria de informações, a equação econômica estabelecida pelos contratantes por meio da alocação de riscos há de ser observada em toda a vida contratual, em consonância com os princípios da autonomia privada e da obrigatoriedade dos pactos. Afinal, a repartição dos riscos traduzirá a finalidade almejada pelos contratantes com o concreto negócio, os quais buscam satisfazer os seus interesses por meio daquela específica alocação de riscos.

A alocação de riscos no contrato revela, repita-se ainda uma vez, o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelos contratantes e mediante o qual as partes visam concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua *função econômico-individual* ou *função prático-social*, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes, seus interesses perseguidos *in concreto*, com base nos quais se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível. Como observado pela doutrina italiana, o equilíbrio contratual se expressa não em termos objetivos de valores, mas corresponde à finalidade almejada pelos contratantes ou ao interesse que pretendem realizar com o sinalagma ou a correspectividade entre as prestações¹⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem duas formas de gestão de riscos nos contratos: a gestão positiva e a gestão negativa. Evidentemente, os riscos que constituirão objeto de gestão pelos particulares não de ser previsíveis, de modo a que se possa atribuir a um ou outro contratante os efeitos de sua verificação. Ao ser repartido entre os contratantes, o risco previsível passa a integrar a álea normal do contrato, compreendida como o risco externo ao negócio, o qual, embora não integre a sua causa, mantém com ela *relação de pertinência*, por representar o risco econômico previsível assumido pelos contratantes ao escolher determinado tipo ou arranjo contratual. A definição da álea normal irá se operar no concreto regulamento de interesses, mostrando-se possível que determinado evento previsível não se insira na álea normal e, portanto, não figure como fato previsto, objeto de gestão pelas partes. Por outro lado, as partes poderão alargar a álea normal, incluindo na gestão do risco eventos previsíveis que ordinariamente não sejam associados a determinada espécie negocial (e que, portanto, no comum dos casos, seriam considerados fatos extraordinários).

Deste modo, as partes, ao distribuírem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, procedem à *gestão positiva da álea normal*. Aludida alocação de riscos, que será identificada a partir da vontade declarada¹¹ pelos contratantes, estabelece o equilíbrio econômico do negócio. Tal equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a correspectividade entre as prestações, há de ser observada no curso da relação contratual, em observância aos princípios da obrigatoriedade dos pactos e do equilíbrio dos contratos.

Ao lado da gestão positiva da álea normal, os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis. Surge, então, a figura do contrato incompleto, o qual consiste, em linhas gerais, em negócio jurídico que adota a técnica de gestão negativa da álea normal. Com efeito, no contrato incompleto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão do risco econômico superveniente, os quais serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna. Cuida-se de não alocação voluntária do risco econômico, em que as partes deixam em branco determinado elemento do negócio jurídico (lacuna voluntária), o qual seria diretamente afetado pelo implemento do risco. Após a concretização do risco, as partes distribuirão os ganhos e as perdas econômicas, por

¹⁰ Na mesma linha, poder-se-ia aduzir, também no sistema jurídico pátrio, “o legislador, portanto, se absteve de considerar a validade do contrato com base em valorações quantitativas do sinalagma, tendo, ao revés, deslocado a própria valoração sobre a função teleológica da correspectividade, que é aquela destinada a satisfazer os interesses de ambas as partes, às quais apenas compete estabelecer quais valores econômicos atribuir às prestações que satisfazem aos seus interesses” (Camilletti, 2004, p. 44; tradução livre).

¹¹ Sobre a teoria da declaração, originada no Séc. XX e em pleno vigor na teoria contratual contemporânea, assinala v. Vincenzo Roppo: “no contrato, é importante não apenas a *efetiva vontade individual*, em como se forma na esfera psíquica do sujeito, mas também a *sua projeção social externa*, e, em particular, o modo pelo qual a vontade das partes é percebida pela contraparte. Esta percepção é determinada essencialmente pelo modo como a vontade, objetivamente, vem manifestada externamente; por isso o teor objetivo da declaração de vontade” (Roppo, 2001, p. 38-39; tradução livre).

meio da integração das lacunas, segundo o procedimento previsto originariamente no contrato¹². O modo de alocação de riscos empregado pelos contratantes será identificado a partir da interpretação da vontade declarada das partes, que poderá ser expressa ou implícita, extraída da interpretação sistemática e teleológica das cláusulas contratuais.

Assim sendo, existem, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: (i) a *gestão positiva*, por meio da alocação de riscos econômicos previsíveis segundo as cláusulas contratuais; e (ii) a *gestão negativa*, por meio do contrato incompleto, no qual, voluntariamente, as partes não alocam *ex ante* o risco econômico superveniente, de natureza previsível, cujas perdas e ganhos econômicos serão distribuídos, portanto, posteriormente, diante da verificação de determinado evento, mediante o preenchimento da lacuna contratual, de acordo com os critérios definidos *ex ante*. Nessa direção, o contrato incompleto, por permitir a gestão *ex post* dos riscos de superveniências, atende aos imperativos da segurança jurídica e da flexibilidade, podendo figurar, no caso concreto, como opção que melhor realiza os interesses das partes.

Por outro lado, os riscos que fujam à esfera de previsibilidade dos contratantes consistirão em riscos econômicos imprevisíveis, razão pela qual não poderão constituir objeto de gestão pelas partes (não alocação involuntária do risco), constituindo fato extraordinário. Nessa hipótese, presentes os demais pressupostos, aplicar-se-á a teoria da excessiva onerosidade prevista nos arts. 478 e ss. do Código Civil, sempre em caráter excepcional. Em consequência, o risco previsível, que se insere na álea normal do contrato, poderá ser alocado pelos contratantes, por meio de gestão positiva ou negativa, o que será identificado a partir do exame das cláusulas contratuais e da causa *in concreto*. A cláusula *solve et repete*, como se verá, consiste em mecanismo de gestão positiva dos riscos do inadimplemento contratual, apresentando-se como meio de assegurar o cumprimento da finalidade do concreto regulamento de interesses.

3 A cláusula *solve et repete*: estrutura e função

Expressão da autonomia negocial, a cláusula *solve et repete* assumiu, em variados sistemas jurídicos, significativa relevância na tutela de interesses negociais em contratos de diversas ordens (Sicari, 2008, p. 21-23)¹³. Exemplificativamente, em matéria tributária, tem por função impor ao contribuinte o pagamento imediato do crédito tributário, impedindo seu retardamento ou a negativa de cumprimento da obrigação diante da alegação de quaisquer matérias de defesa (Sicari, 2008, p. 25-34).

Do ponto de vista técnico, compreende-se pela cláusula *solve et repete*, também denominada *exceptio solutionis*, o pacto por meio do qual se estabelece que uma das partes não poderá eximir-se de realizar ou retardar a prestação que lhe cabe, opondo exceções que, em tese, lhe permitiriam a negativa ou o atraso, não fosse a cláusula (Gomes, 1984, p. 276). Em outras palavras, traduz-se em limitação, instituída pela vontade das partes, “da faculdade de opor exceção como a *exceptio non adimpletis contractus* ou a de retenção aceita por um dos contratantes, em consequência da qual o outro contratante pode agir em juízo sem enfrentar obstáculo na eventual oposição de exceções, como a de resolução do contrato” (Gomes, 1984, p. 276-277)¹⁴. Funciona, assim, como causa impeditiva da exceção afastada contratualmente, adquirindo caráter de renúncia preventiva¹⁵. Nessa esteira, pode-se afirmar que a cláusula *solve et repete* tem por função garantir a exequibilidade imediata da prestação pelo devedor, ainda que existissem razões jurídicas que justificassem, não fosse a pactuação expressa das partes, a possibilidade de não cumprimento ou o seu retardamento.

¹² Sobre o tema, seja consentido remeter a BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

¹³ Ao propósito, naquele sistema, o Codice Civile italiano de 1942 absorveu a praxis e previu expressamente, em seu art. 1.462, a possibilidade de convencionar cláusula limitativa da oponibilidade de exceções. Veja-se o teor do dispositivo: “Art. 1.462. (*Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*). La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto. Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione”. Tradução livre: “Art. 1.462. (Cláusula limitativa da proposição de exceções). A cláusula que estabeleça que uma das partes não pode opor exceções a fim de evitar ou retardar a prestação devida, não tem efeito para as exceções de nulidade, anulabilidade e lesão do contrato. Nos casos em que a cláusula for eficaz, como ressaltado, o juiz, se achar que concorrem motivos graves, poderá suspender a condenação, impondo, se necessário, a caução”.

¹⁴ Na experiência italiana: “Il meccanismo oggi codificato nell’art. 1462 cod. civ., e tradizionalmente noto come *solve et repete*, consente alle parti di attribuire a un contraente il diritto di paralizzare la proponibilità di talune eccezioni della controparte, allo scopo di evitare che l’esecuzione degli obblighi contrattuali sia evitata o ritardata” (Sicari, 2008, p. 9). Tradução livre: “O mecanismo agora codificado no art. 1462 do Cód. Civ., e tradicionalmente conhecido como *solve et repete*, permite que as partes atribuam a uma parte contratante o direito de paralisar a proposição de certas exceções da outra parte, a fim de evitar que a execução das obrigações contratuais seja evitada ou retardada”.

¹⁵ “A causa impeditiva surte efeito em momento logicamente anterior àquele em que o faz a extintiva. Isto ocorre porque impede o surgimento do direito à exceção, ao invés de fazê-la caducar. A renúncia – incluídas aí a cláusula *solve et repete* e a prescrição – é causa impeditiva” (Gagliardi, 2010, p. 69-70).

Dada a vocação da aludida cláusula, tem-se afirmado que tal disposição em muito se aproximaria da lógica observada na denominada garantia autônoma¹⁶, ou seja, aquela garantia acessória, fidejussória e atípica, criada pela autonomia privada, com o fim de que o beneficiário tenha direito ao recebimento do valor constante na garantia, a ser pago pelo terceiro garantidor, independentemente de disputas entre credor e devedor da relação jurídica base (Peçanha, 2023, p. 10). Nessa direção, a garantia autônoma traduz-se em garantia invulnerável aos meios de defesa atinentes à relação obrigacional à qual se liga, cuja execução pode prescindir, tanto quanto possível, da comprovação do inadimplemento do devedor principal. A despeito da similaridade, com a cláusula *solve et repete não se confunde, na medida em que este expediente carece da acessoriedade própria da garantia autônoma*¹⁷, que vincula o patrimônio de um terceiro (o garantidor) à satisfação dos interesses do credor beneficiário da garantia.

Ao propósito, a renúncia ao exercício do direito de opor exceções pode originar-se não apenas de cláusula contratual, pela *solve et repete*, consensualmente estabelecida pelas partes, mas também de ato unilateral de uma delas¹⁸. Quando inserida no acordo de vontades de forma refletida e séria pelas partes, por cláusula contratual, visa a afastar a possibilidade de suspensão do contrato cuja natureza não recomenda tal paralisação em decorrência da alegação de defesa manejada pelo devedor¹⁹. Trata-se, em síntese, de meio de autotutela, que visa a reforçar as chances de adimplemento contratual, sem que o cumprimento da prestação possa sofrer influência de eventuais discussões que poderiam se protrair no tempo, atrasando ou extirpando o recebimento de prestação considerada indispensável de forma imediata, tão logo vencido o termo que impõe o cumprimento da obrigação²⁰. Embora não prevista expressamente no Código Civil, a cláusula *solve e repete* se mostra amplamente reconhecida no direito brasileiro, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial²¹.

Dentre as possíveis exceções que podem ser afastadas por meio da cláusula *solve et repete*, incluem-se a compensação (Silva; Silva, 2020, p. 12-13)²², eventuais deveres de indenizar, (Bandeira, 2022, p. 369-370) e a exceção de contrato não cumprido (ou *exceptio non adimpleti contractus*), segundo a qual “o demandado recusa a sua prestação, sob fundamento de não ter aquele que reclama dado cumprimento à que lhe cabe” (Pereira, 2019, p. 141), derivando da “reciprocidade das prestações ou da sua unidade jurídica” (Monteiro, 2007, p. 28). Com fundamento no art. 476 do Código Civil²³, o mecanismo, aplicável a contratos bilaterais e sinalagmáticos, destina-

¹⁶ Sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Danielle Tavares. Contornos das garantias autônomas no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 28, 2021, p. 275-290; e PEÇANHA, Danielle Tavares. Qualificação funcional, contornos e limites das garantias autônomas no direito brasileiro. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023. V. também WALD, Arnoldo. Garantia à primeira demanda no direito comparado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 66, abr./jun., 1987, p. 5-12.

¹⁷ Na direção do texto, Pietro Perlingieri aduz que a cláusula *solve et repete* traduz-se em “*pattuizione la quale ha lo scopo di assicurare al creditore una rapida realizzazione del suo interesse secondo modalità analoghe a quelle dei contratti autonomi di garanzia a prima richiesta: il fideiussore infatti deve adempiere immediatamente la sua obbligazione potendo far valere le proprie eccezioni soltanto dopo il pagamento in via di ripetizione (...) La fideiussione con clausola solve et repete, pur simile alla garanzia autonoma a prima richiesta, ne rimane distinta perché in essa sopravvive la tipica accessorietà fideiussoria*” (Perlingieri, 1997, p. 551-553). Em tradução livre: “acordo que tem por finalidade assegurar ao credor a rápida realização do seu interesse segundo modalidade análoga a dos contratos autônomos de garantia de primeira ordem: com efeito, o garantidor deverá cumprir imediatamente sua obrigação, podendo fazer valer suas objeções somente após o pagamento em repetição. (...) A garantia com cláusula *resolve e repete*, embora semelhante à garantia autônoma de primeiro pedido, dela se distingue porque nela subsiste a típica acessoriedade da garantia”.

¹⁸ Nesse último caso, “o ato unilateral da parte que, no curso do contrato, renuncia ao exercício da exceção pode se manifestar expressamente ou por simples omissão. A renúncia implícita decorre do não exercício da defesa, quando possível a sua arguição; do cumprimento voluntário da prestação; da entrega do título de crédito; da remissão da dívida etc. A renúncia pode surgir mesmo depois de oferecida a exceção, com a desistência, e até o momento da sentença” (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826).

¹⁹ Nesses termos, “A cláusula inserida no acordo original ou em termo aditivo decorre do interesse das partes de não permitir a suspensão da execução do contrato cuja natureza não recomenda a paralisação enquanto se decide a procedência da defesa dilatória e corresponde ao que se denomina de cláusula *solve et repete*” (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826).

²⁰ “*A volte al negozio fideiussorio si appone una clausola secondo la quale 'ogni eccezione di qualsiasi natura potrà essere fatta valere soltanto dopo l'integrale soddisfacimento della richiesta (da parte del creditore)'. (...) Tale patto riproduce lo schema della c.d. clausola limitativa della proponibilità di eccezioni, prevista in sede di disciplina generale del contratto, secondo la quale 'una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta'*” (Perlingieri, 1997, p. 551-553). Em tradução livre: “Por vezes é afixada ao negócio fiduciário uma cláusula segundo a qual ‘qualquer objeção de qualquer natureza só pode ser levantada depois de o pedido ter sido totalmente satisfeito (pelo credor)’. (...) Este pacto reproduz o esquema da chamada cláusula restritiva sobre a proposição de exceções, prevista na disciplina geral do contrato, segundo a qual ‘uma das partes não pode levantar exceções para evitar ou retardar o cumprimento devido’”.

²¹ Na jurisprudência, “Apelação cível. Embargos à execução. (...) Exceção do contrato não cumprido. Cláusula impeditiva. Sentença mantida. (...) 2. Conforme o art. 476 do Código Civil, não é lícito a um dos contratantes exigir da outra parte o cumprimento da sua obrigação (pagamento) sem que, antes, tenha também cumprido com a sua parte na avença. 3. Existindo cláusula contratual impeditiva da invocação da exceção do contrato não cumprido, em relação a obrigações acessórias, escorreita a sentença ao afastar a alegação de contrato não cumprido. Apelo conhecido e desprovido” (STJ, 4ª T., AREsp 1.275.333/GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 23.4.2018).

²² Na jurisprudência, embora entendendo que a discussão não possuía natureza de ordem pública, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça examinou cláusula *solve et repete* que afastava a alegação de compensação. Veja-se: “Desse modo, não procedem as alegações da segunda requerida (PETROMEC INC.) quando afirma que as decisões estrangeiras teriam vedado a possibilidade de compensação e estipulado o princípio *solve et repete*, uma vez que, assim como a regra da exceção do contrato não cumprido, referida questão não possui natureza de ordem pública, razão pela qual foge à apreciação por esta via” (STJ, Corte Especial, SEC 3.932/GB, Rel. Min. Felix Fischer, julg. 6.4.2011).

²³ CC/2002, “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

se a impedir que a parte inadimplente exija da outra a satisfação da sua prestação (Gomes, 2019, p. 91), antes de cumprida a sua obrigação (Carvalho Santos, 1964, p. 237).

Note-se que a cláusula *solve et repete* não tem o condão de extinguir o direito à prestação correspondente daquela a quem se nega o manuseio da exceção, nem sequer extirpa-se definitivamente o direito do devedor de discutir questões que entenda pertinentes²⁴. O direito de discutir matérias que lhe possam beneficiar é apenas projetado para momento futuro, quando já terá sido realizada a prestação que lhe cabia, nos termos acordados contratualmente, permitindo a ininterrupção da atividade contratual e vedando-lhe condicionar o pagamento ao cumprimento da prestação correlata. Vale dizer, o contratante se dispõe a cumprir sua obrigação independentemente da realização da contraprestação, perdendo, assim, “a possibilidade de dilatar a execução até que se cumpra a bilateralidade da relação, aceitando prestar sem que tenha recebido o que lhe é devido” (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826)²⁵.

Deste modo, a cláusula *solve et repete*, que se volta a afastar a oposição da exceção de contrato não cumprido, não obsta a deflagração dos demais efeitos decorrentes do inadimplemento contratual, mas apenas refere-se à impossibilidade de o devedor acionado negar ou atrasar o cumprimento da prestação, alegando o descumprimento da prestação correspondente. A despeito de não poder alegar a exceção de contrato não cumprido, poderá a parte discutir o inadimplemento concomitante ou subsequentemente²⁶, utilizando-se de meios coercitivos outros voltados à realização de seu direito de crédito ou mesmo excitar garantia prestada em reforço ao cumprimento daquela obrigação, seja real, a exemplo da hipoteca e do penhor; seja fidejussória, como uma fiança.

Convém sublinhar que a previsão da cláusula *solve et repete* apenas se justifica em determinados arranjos negociais, que, por sua natureza, admitem-na com vistas à ultimação de sua finalidade. Dito diversamente, a cláusula *solve et repete* destina-se a assegurar o cumprimento da finalidade contratual e tem seu limite, evidentemente na tutela da boa-fé objetiva (art. 113, do Código Civil) e no controle de abusividade do exercício de direitos (art. 187, do Código Civil). Em contrapartida, não parece merecer salvaguarda a disposição embutida no contrato, despropositadamente, a consagrar mero capricho de uma das partes, bem como não encontre merecimento de tutela nos interesses subjacentes.

À guisa de exemplo, tem-se entendido como válida cláusula *solve et repete* em contrato de fornecimento de bens essenciais, cuja suspensão com fundamento na exceção de contrato não cumprido causaria danos graves e irreparáveis à contraparte, proporcionalmente maior que o cumprimento da prestação exigida (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826)²⁷, inviabilizando o atingimento da finalidade contratual.

Mencione-se ainda a previsão da cláusula *solve et repete* em contratos associativos, com comunhão de escopo, cujo não cumprimento da prestação compromete a finalidade comum dos contratantes. Nestes casos, a cláusula funciona como legítimo mecanismo de alocação de riscos pactuado, precisamente, com o intuito de permitir a consecução do escopo comum, sem embargo da possibilidade de discutir o inadimplemento da contraparte em outro momento. Basta pensar, ilustrativamente, nas complexas relações negociais ajustadas para a exploração e produção de petróleo²⁸, reguladas, não raro, por dois contratos coligados²⁹, que exprimem, a partir de sua função unitária, o escopo econômico comum perseguido pelos contratantes: o contrato de concessão, que regula as obrigações da empresa concessionária em face da União Federal, detentora, por determinação constitucional, do monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural no território brasileiro, com interveniência

²⁴ Assim, “uma vez tendo cumprido regularmente a obrigação que assumiu, nada o impede de investir contra o outro contratante, ainda inadimplente, total ou parcialmente, com o fito de obter o cumprimento forçado da obrigação ainda pendente” (Gagliardi, 2010, p. 69-70).

²⁵ “A renúncia à exceção não significa a renúncia a direito de crédito; o renunciante fica com todos os demais direitos e meios de defesa decorrentes de sua posição, inclusive o de promover a execução do seu crédito, no mesmo feito, mediante reconvenção, ou em processo autônomo. Perde apenas essa defesa indireta” (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826).

²⁶ Com efeito, “a falta de pagamento não afetará, neste caso, a realização da prestação pela outra parte, podendo, todavia, o interessado pretender em juízo a resolução, demonstrando a gravidade do inadimplemento, e consequente impossibilidade de continuação do negócio jurídico. Isso não impedirá, todavia, que se possa judicialmente examinar a estipulação contratual à luz da necessária equivalência material das obrigações e dos deveres inerentes à boa-fé objetiva” (Miragem, 2021, p. 306).

²⁷ Ilustra o autor: “a empresa de telecomunicações que fornece o acesso a serviço indispensável a milhões de usuários, como hoje é comum na comunicação virtual, pode renunciar ao direito de alegar em exceção a falta do pagamento do seu crédito. Reconhecida a validade da cláusula pela qual ela aceitou a cláusula *solve et repete*, a fornecedora pode ser obrigada a prestar, sem possibilidade de oferecer a exceção, por causa dessa cláusula, mas com a possibilidade de exercer todos os demais direitos decorrentes do seu crédito” (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826).

²⁸ Cfr., sobre tais arranjos negociais: TEPEDINO, Gustavo; BANDEIRA, Paula Greco; MACHADO, Bruna Vilanova. A cláusula de forfeiture nos contratos de consórcio para exploração e produção de petróleo. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore; PIRES, Catarina Monteiro (org.). Riscos no Direito Privado e na Arbitragem. São Paulo: Editora Almedina, 2023. p. 187-208.

²⁹ Sobre o tema, cfr. KONDER, Carlos Nelson. Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

da ANP; e o contrato de consórcio, o qual, por sua vez, formaliza a reunião de sociedades que, em conjunto, promoverão a exploração e produção do petróleo nos campos especificados na concessão.

Por consubstanciarem contratos coligados, as vicissitudes de um contrato podem repercutir no outro (Tepedino; Konder, Bandeira, 2024, p. 82)³⁰, de tal sorte que, neste caso, a exceção de contrato não cumprido, eventualmente invocada no contrato de consórcio, prejudicaria o atingimento da finalidade econômica comum pretendida pelos contratos associativos, qual seja, a exploração do petróleo em regime de concessão. Nessa esteira, a cláusula *solve et repete* poderá ser acionada relativamente às obrigações de aportes de capital, denominadas *cash calls*, cuja satisfação revela-se essencial ao exercício da atividade e, em consequência, à continuidade da concessão. Tal mecanismo mostra-se usual no mercado internacional de petróleo³¹. Em geral, vem acompanhado, no mesmo ajuste, de cláusula que impede que o devedor, mesmo considerando a cobrança indevida, alegue qualquer exceção para justificar o não cumprimento da obrigação de aporte de capital, postergando-se, assim, quaisquer discussões para momento ulterior³².

Percebe-se, portanto, pelas características e necessidades de tal mercado, que, nos contratos coligados com a finalidade de exploração do petróleo, a cláusula *solve et repete* desponta como mecanismo legítimo de alocação de riscos contratuais, por assegurar a consecução da aludida finalidade, devendo, por isso mesmo, ser merecedora de tutela.

4 A cláusula *solve et repete* como mecanismo de gestão positiva dos riscos contratuais no direito brasileiro

Como se viu, a cláusula *solve et repete* traduz-se em relevante mecanismo de gestão positiva dos riscos contratuais, na medida em que aloca ao contratante o risco de não se valer de determinadas exceções ou meios de defesa com o intuito de assegurar o atingimento da função ou finalidade contratual. É dizer: o devedor assume os riscos de cumprir imediatamente a sua prestação ainda que disponha de defesas que autorizem o seu não cumprimento ou o seu retardamento. Cuida-se de gestão positiva na medida em que a disposição é identificada a partir da vontade declarada pelas partes, e, por integrar o sinalagma contratual, expressando o equilíbrio econômico do concreto regulamento de interesses (Camilletti, 2004, p. 44). Dessa forma, a oponibilidade de exceções – que seria a regra, não fosse a cláusula aposta no contrato – é afastada por expressa manifestação de vontade das partes, no livre exercício de sua autonomia negocial, que alocam os riscos contratuais, como forma de concretização de seus interesses.

³⁰ Por outro lado, advertem Aline de Miranda Valverde Terra e Giovanni Ettore Nanni que “o simples inadimplemento de um contrato que se encontra conexo a outro não autoriza, por si só, abstratamente, que se oponha a exceção de contrato não cumprido em relação ao pacto que não foi descumprido” (Terra; Nanni, 2021, p. 1-26), a denotar que nem sempre o descumprimento de certo contrato coligado importará em descumprimento em cadeia dos demais contratos que lhe são coligados. Na mesma direção, tem-se ressaltado que “a existência de contratos coligados não implica a verificação de todas as consequências da coligação contratual, como também podem as partes, no âmbito da autonomia privada, afastar os efeitos atinentes à coligação” (Guilhardi, 2019, p. 170).

³¹ Vale conferir o teor de cláusula *solve et repete* inserida no bojo das relações negociais ajustadas para a exploração e produção de petróleo, e aposta no âmbito do contrato de consórcio, *in verbis*: “3.3. Ownership, Obligations and Liabilities (...) (C) Each Party shall pay when due, in accordance with the Accounting Procedure, its Participating Interest share of Joint Account expenses, including cash advances and interest, accrued pursuant to this Agreement and the Consortium Agreement. The Parties agree that time is of the essence for payments owing under this Agreement. A Party's payment of any charge under this Agreement shall be without prejudice to its right to later contest the charge” (grifou-se). Em tradução livre: “Titularidade, Obrigações e Responsabilidades (...) (C) Cada Parte pagará no vencimento, de acordo com o Procedimento Contábil, sua participação nas despesas da Conta Conjunta, incluindo adiantamentos em dinheiro e juros, acumulados de acordo com este Contrato e o Contrato de Consórcio. As Partes concordam que o tempo é essencial para os pagamentos devidos nos termos deste Contrato. O pagamento por uma Parte de qualquer encargo nos termos deste Contrato não prejudicará seu direito de contestar posteriormente o encargo”.

³² Confira-se: “8.6. No Right of Set Off. Each Party acknowledges and accepts that a fundamental principle of this Agreement is that each Party pays its Participating Interest share of all amounts due under this Agreement as and when required. Accordingly, any Party which becomes a Defaulting Party undertakes that, in respect of either any exercise by the non-defaulting Parties of any rights under or the application of any of the provisions of this Article 8, such Party hereby waives any right to raise by way of set off or invoke as a defense, whether in law or equity, any failure by any other Party to pay amounts due and owing under this Agreement and the Consortium Agreement or any alleged claim that such Party may have against Operator or any Non-Operator, whether such claim arises under this Agreement or otherwise. Each Party further agrees that the nature and the amount of the remedies granted to the non-defaulting Parties hereunder are reasonable and appropriate in the circumstances” (grifou-se). Em tradução livre: “Sem direito de compensação. Cada Parte reconhece e aceita que um princípio fundamental deste Acordo é que cada Parte paga sua participação de todos os valores devidos sob este Acordo como e quando necessário. Consequentemente, qualquer Parte que se torne uma Parte inadimplente compromete-se a que, em relação a qualquer exercício pelas Partes adimplentes de quaisquer direitos ou à aplicação de qualquer uma das disposições deste Artigo 8, tal Parte renuncia a qualquer direito de levantar como forma de compensar ou invocar como defesa, seja em lei ou equidade, qualquer falha de qualquer outra Parte em pagar valores devidos nos termos deste Contrato e do Contrato de Consórcio ou qualquer reivindicação alegada que tal Parte possa ter contra a Operadora ou qualquer Não Operador, quer tal reivindicação surja sob este Contrato ou de outra forma. Cada Parte concorda ainda que a natureza e o valor dos recursos concedidos às Partes adimplentes são razoáveis e apropriados nas circunstâncias”.

A alocação de riscos no contrato pela estipulação da cláusula *solve et repete* revela a harmonia interna do negócio perseguida pelos contratantes e mediante a qual as partes visam concretizar seus objetivos econômicos. O seu exame de validade, contudo, dependerá das circunstâncias do caso concreto, podendo, em determinadas manifestações, se revelar inválida³³. Nessa direção, merecem atenção as repercussões que tal mecanismo poderá apresentar na seara dos contratos de adesão e dos contratos de consumo.

Advirta-se, por outro lado, a imprescindibilidade da especificação, pelas partes dos eventos não suscetíveis de oposição pelo devedor, quando instado a realizar a prestação. Não se admitem, em regra, cláusulas genéricas, que atribuam ao devedor o dever de cumprir a obrigação em quaisquer circunstâncias, de forma arbitrária. Cuidando-se de gestão positiva de riscos, aqueles alocados ao devedor afiguram-se previsíveis aos contratantes, devendo estar indicados no negócio, com contornos bem delimitados, os casos em que restará afastado o direito de opor específicas matérias de defesa. Em contrapartida, as exceções que não tenham sido enumeradas pelas partes não poderão ser negadas ao devedor.

Registre-se, ainda, que, embora os direitos patrimoniais, em regra, sejam amplamente reconhecidos como passíveis de renúncia por seu titular, tem-se defendido que existiriam certas exceções, como é o caso da alegação de invalidade e de prescrição não consumada, que, por sua natureza, não poderiam ser suprimidas por acordo de vontade das partes (Silva; Silva, 2020). No primeiro caso, relativo à alegação de invalidade do negócio, defende-se em doutrina que “a existência da cláusula de *solve et repete* é ineficaz quando se alega a invalidade do contrato por uma das causas de nulidade, anulabilidade, lesão ou abuso” (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826). Isso porque, cuidando-se de vício que atinge a validade do negócio, não seria dado às partes afastar as regras que extirpam os efeitos do negócio inválido, sendo certo que, na hipótese de nulidade, o juiz poderá reconhecê-la de ofício e qualquer interessado poderá invocá-la³⁴. Ao propósito, o *Codice Civile* italiano prevê expressamente, em seu art. 1.462, a tipicidade da cláusula *solve et repete*, ressaltando apenas a sua ineficácia nas hipóteses de nulidade, anulabilidade e lesão, além de prever a possibilidade de o magistrado, perante graves motivos, nos casos de eficácia da cláusula, suspender a condenação, mediante exigência de caução³⁵.

O direito brasileiro não dispõe de previsão semelhante. De todo modo, pode-se afirmar que a simples alegação de invalidade do negócio pelo devedor não parece ser suficiente para afastar o dever inserto na cláusula *solve et repete*, desde que previsto o afastamento da exceção, sob pena de subverter a lógica do instituto. Afinal, a suposta cobrança indevida, por qualquer causa (dolo, má-fé ou abuso), só poderia ser constatada em momento posterior, quando a prestação de execução imediata já poderia ter sido executada em prol do atendimento da finalidade contratual. A menos que se demonstrasse o dolo específico na sua formulação, hipótese em que teria sido pactuada já com o intuito de causar o dano injusto à contraparte.

Por outro lado, não se poderia admitir a cláusula *solve et repete* que afastasse a defesa relativa à prescrição não consumada, tendo em conta o disposto pelo art. 191 do Código Civil³⁶, que veda expressamente a renúncia antecipada à prescrição.

Controverte-se, ainda, se mereceria salvaguarda a cláusula *solve et repete* aposta em contratos de adesão e em negócios celebrados no âmbito das relações de consumo. Acerca dos contratos de adesão³⁷, marcados pela predisposição, unilateralidade e rigidez (Monteiro, 2000, p. 6), o Código Civil estabelece, em seu art. 424, que são

³³ Aduz Miguel Maria de Serpa Lopes: “a referida cláusula não pode ser entendida deslimitadamente, mas sim guardadas certas reservas, sobretudo no tocante à questão da nulidade, anulabilidade e precipuamente em relação ao dolo” (Lopes, 1959, p. 334).

³⁴ CC/2002, “Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

³⁵ Eis o teor do dispositivo: “Art. 1.462. (Clausola limitativa della proponibilita' di eccezioni). La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non puo' opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullita', di annullabilita' e di rescissione del contratto. Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, puo' tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione”. Tradução livre: “Art. 1.462. (Cláusula limitativa da proposição de exceções). A cláusula que estabeleça que uma das partes não pode opor exceções a fim de evitar ou retardar a prestação devida, não tem efeito para as exceções de nulidade, anulabilidade e lesão do contrato. Nos casos em que a cláusula for eficaz, como ressaltado, o juiz, se achar que concorrem motivos graves, poderá suspender a condenação, impondo, se necessário, a caução.” Sobre tal pactuação, à luz do dispositivo italiano, v. LIVI, Maria Alessandra. Clausola attributiva del potere di sospendere l'esecuzione del contratto. In: Massimo Confortini. **Clausole negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche**. Torino: Utet, 2019. p. 27-64.

³⁶ CC/2002, “Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”. Sobre o ponto: “Exceções existem incapazes de serem renunciadas senão em um dado momento posterior ao seu aparecimento, sendo inoperante a sua renúncia antecipada. Está nesse caso a renúncia à prescrição, que depende dos seguintes requisitos: a) ser manifestada após a consumação do lapso prescricional; b) não haver prejuízo a terceiros” (Lopes, 1959, p. 329).

³⁷ Sobre o conceito de contratos de adesão, v., por todos, Gomes, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 107.

nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio³⁸. Entende-se que, para além dos direitos essenciais do tipo contratual analisado, o dispositivo impede também a renúncia de direitos que constituam elementos naturais do contrato, ou que decorram de usos contratuais em um setor econômico ou região (Tepedino; Konder; Bandeira, 2024, p. 82). Assim sendo, releva-se compreender se a renúncia à oposição de exceções, estipulada pela cláusula *solve et repete*, constitui renúncia a direito resultante da natureza do negócio e, como tal, se seria nula *ex vi* do art. 424 do Código Civil. A doutrina majoritária entende, com razão, que a cláusula só será válida quando aposta em contratos paritários³⁹, sem qualquer disparidade na formação do ajuste⁴⁰, visto que a exceção é remédio próprio e elemento natural dos contratos sinalagmáticos⁴¹.

Questiona-se, ainda, se seria lícita a cláusula *solve et repete* quando inserida em contrato de consumo, ou, diversamente, se deveria ela ser considerada abusiva na medida em que implica renúncia antecipada de direito do consumidor, presumidamente vulnerável. Diferentemente de outros sistemas, como o italiano, em que há expressa vedação à oposição de cláusula *solve et repete* nos contratos de consumo⁴², no direito brasileiro, embora não haja previsão semelhante, entende-se que, notadamente quando predisposta pelo fornecedor, a cláusula deve ser considerada abusiva⁴³, visto que restringe direitos do consumidor decorrentes da relação estabelecida, bem como ameaça o equilíbrio contratual⁴⁴. A cláusula seria ilícita, portanto, dado que viola o disposto no art. 51, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵, e coloca o fornecedor em situação de extrema vantagem contratual (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826), a afrontar norma de ordem pública.

Nesse caso, considera-se abusiva não só a cláusula *solve et repete* que estipule renúncia ao exercício da *exceptio non adimpleti contractus*, mas também aquela que importe renúncia ao direito de ajuizar ação de resolução do contrato por inadimplemento, restringindo o direito de defesa do consumidor (Nery Júnior, 2007, p. 577-578). Nesses casos, afirma-se que “em ação movida pelo fornecedor, pode o consumidor alegar, na contestação, tanto a exceção material de contrato não cumprido como a de contrato cumprido de modo deficiente, devendo o magistrado negar efeitos, por abusiva, à cláusula contratual que impedir o consumidor de deduzir essas exceções” (Nery Júnior, 2007, p. 577-578).

³⁸ CC/2002, “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

³⁹ “Embora geralmente válida, essa renúncia pode transbordar para o campo da ilicitude, quando violar preceitos de maior relevância social. Sua validade depende da igualdade substancial entre as partes e da existência de um mínimo de liberdade na negociação. Em suma, deve ocorrer nos contratos paritários” (Gagliardi, 2010, p. 69-70). Na mesma direção: “Quando estipulada em contratos por adesão, a cláusula *solve et repete* será considerada inválida, em regra, pois, conforme o art. 424 do Código Civil, nessa categoria contratual ‘são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio’”. E a invocação da *exceptio*, sendo regra geral atribuída pelo art. 476 do Código Civil aos contratos com prestações correspectivas, é inequivocamente um ‘direito resultante da natureza do negócio’” (Butruce, 2009, p. 159-162).

⁴⁰ Assinala Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “a renúncia ao direito de oferecer exceção há de ser vista sempre como uma situação extraordinária, somente admissível se presentes certos requisitos. O primeiro deles exige, para a validade das cláusulas, que ela conste de contratos em que tenha sido garantida a igualdade entre as partes, atendida a boa-fé e respeitados os princípios de ordem pública. Por isso, em princípio, é inaceitável nos contratos de adesão, a que a parte adere sem condições de negociar suas cláusulas, submetendo-se o aderente ao dever de cumprir sem receber a contraprestação” (Aguiar Júnior, 2011, p. 821-826).

⁴¹ Há quem pondere que nem sempre a cláusula deverá ser considerada nula, sendo possível cogitar do afastamento de uma exceção que não diga respeito a direito resultante da natureza do negócio. Para estes autores, embora se reconheça que a cláusula que afaste a exceção de contrato não cumprido tende a ser considerada nula, porque remédio da essência dos contratos sinalagmáticos, quando a cláusula *solve et repete* importar no afastamento de outra exceção, como a compensação, esta poderia ser considerada válida, sem violação ao art. 424 do Código Civil. Nesse sentido, SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Jeniffer Gomes da. Cláusulas *solve et repete*: perspectivas de atuação da autonomia privada na (de)limitação das exceções oponíveis pelo devedor. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1-40, jan./abr. 2020.

⁴² O Codice del Consumo de 2005 estabelece tal vedação no art. 33, 2, alíneas r e t, veja-se: “Art. 33. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. (...) 2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: (...) r) limitare o escludere l’opponibilità dell’eccezione d’inadempimento da parte del consumatore; (...) t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell’ autorità giudiziaria, limitazioni all’adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell’onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi;”. Tradução livre: “Art. 33. Cláusulas abusivas no contrato entre profissional e consumidor. (...) 2. As cláusulas que tenham por objeto ou efeito: (...) r) Limitar ou excluir a exigibilidade da oposição de incumprimento pelo consumidor presumem-se abusivas até prova em contrário; (...) t) Caducidades sancionatórias, limitações ao direito de arguir exceções, derrogações à competência da autoridade judiciária, limitações à produção de provas, inversões ou modificações do ônus da prova, restrições à liberdade contratual nas relações com terceiros;”.

⁴³ “No âmbito das relações de consumo, essa cláusula, mormente quando predisposta pelo fornecedor, acaba por ser considerada abusiva, pois implica renúncia antecipada de direito do consumidor, além de colocá-lo em situação de inegável inferioridade” (Gagliardi, 2010, p. 69-70).

⁴⁴ Nessa direção: “a oposição da *solve et repete* em relações de consumo também é passível de invalidação por abusividade, à luz do disposto no art. 51, § 1º, II, do CDC, que presume exagerada a vontade que ‘restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual’. Ou seja, a abusividade da cláusula *solve et repete* será presumida quando integrar uma relação de consumo, por retirar do consumidor um direito que é da natureza do contrato celebrado” (Butruce, 2009, p. 159-162).

⁴⁵ CDC, “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) § 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: (...) II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;”

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a propósito, já se entendeu abusiva cláusula *solve et repete* quando inserida em relação de consumo. No caso submetido à Corte, discutia-se a viabilidade da cláusula que atribuía ao consumidor segurado o dever de arcar com as despesas com o tratamento *home care*, sem que pudesse levantar exceções, para somente depois de efetuar tal pagamento poder ser ressarcido ou promover discussões atinentes à obrigação. Afirmou-se, na ocasião: “o tratamento prescrito (*home care*) deve ser coberto, reputando-se abusiva cláusula contratual em contrário. A não ser assim, o consumidor estaria submetido à situação excessivamente onerosa em detrimento do seu direito fundamental, garantido pelo contrato, de proteção eficaz à saúde (art. 51, IV, § 1º, II e III do CDC)”⁴⁶.

Compreende-se, assim, que o exame da validade da cláusula *solve et repete* dependerá da natureza da relação jurídica na qual se insere e da finalidade contratual pretendida, sendo certo que, nas relações paritárias e sem assimetria informacional, há de se preservar a alocação de riscos estabelecida pela autonomia negocial, incidindo o princípio da intervenção mínima nos contratos.

5 Conclusão

A cláusula *solve et repete* constitui mecanismo legítimo de alocação de riscos negociais, a traduzir gestão positiva de riscos, por meio do qual o devedor suporta, em um primeiro momento, os riscos do inadimplemento da outra parte, cumprindo sua prestação de imediato, ainda que possua meio de defesa que autorize o seu não cumprimento ou o seu retardamento, a exemplo da exceção de contrato não cumprido ou da compensação. A discussão quanto à validade e à legitimidade da cobrança é, assim, postergada para momento futuro.

Aludida disposição, inserida no exercício legítimo da autonomia negocial dos contratantes, tem por função garantir a exequibilidade imediata da prestação, ainda que existam razões jurídicas que justifiquem a possibilidade de não cumprimento ou o retardamento da prestação.

A previsão da cláusula *solve et repete* justifica-se em determinados arranjos negociais, que, por sua natureza, admitem-na com vistas à ultimação de sua finalidade. Dito diversamente, a cláusula *solve et repete* destina-se a assegurar o cumprimento da finalidade contratual.

Em contrapartida, não parece merecer salvaguarda a disposição embutida no contrato despropositadamente, a consagrar mero capricho de uma das partes. O seu exame de validade e eficácia, deste modo, dependerá das circunstâncias do caso concreto, podendo, em determinadas manifestações, se revelar inválida, como no caso de contratos de consumo, em que a cláusula represente renúncia do consumidor a seus meios de defesa, situando o fornecedor em posição de extrema vantagem contratual.

Em síntese, a cláusula *solve et repete* sujeita-se a controle de legalidade e abusividade *in concreto*, de sorte que a validade de sua pactuação e regularidade do seu exercício dependerão da natureza da relação jurídica na qual se insere e da finalidade contratual pretendida, sendo certo que, nas relações paritárias e sem assimetria informacional, há de se preservar a alocação de riscos estabelecida pela autonomia negocial, identificando-se e preservando-se os interesses merecedores de tutela na legalidade constitucional.

Referências

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Reflexões acerca da função social do contrato e da autonomia privada, após a declaração dos direitos de liberdade econômica. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 5-21, jan./mar. 2020.

ALPA, Guido. *Rischio*. In: **ENCICLOPEDIA del diritto**. Milano: Giuffrè, 1989, v. 40. p. 1558.

⁴⁶ TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. nº 0189768-19.2012.8.26.0100, Rel. Des. Guilherme Santini Teodoro, julg. 01.12.2015. Do inteiro teor, se extrai: “Acertada a conclusão do julgado quanto à abusividade da obrigatoriedade contratual do procedimento *solve et repete* para despesas elevadas e substanciais como as atinentes ao tratamento *home care*. A transferência de riscos de grande monta integrou a legítima expectativa do consumidor no momento da adesão ao contrato, formando a base objetiva do negócio, a qual não pode depois ser rompida, o que inegavelmente ocorreria se o consumidor primeiro tivesse de pagar as despesas do risco de grande monta para somente depois obter ressarcimento, criando verdadeiro óbice ao fiel cumprimento do contrato pela operadora”. Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já entendeu que a cobrança de encargos excessivos em fatura mensal de serviços públicos constitui fundamento válido para a recusa de pagamento até que a concessionária exclua a cobrança ou demonstre sua legitimidade, sinalizando que, tratando-se de relação de consumo, “o entendimento oposto implicaria obrigar o consumidor, sob pena de interrupção do serviço, a primeiro suportar a cobrança abusiva para só depois discutir sua restituição, numa aplicação da odiosa fórmula “*solve et repete*” (TJRJ, 27ª C.C., Ap. Cív. 0269234-92.2014.8.19.0001, Rel. Marcos Alcino de Azevedo Torres, julg. 20.3.2019).

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de V. **Exceção de insegurança no direito brasileiro**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contratos aleatórios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BESSONE, Mario. **Adempimento e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 1969.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile: il contratto**, Milano: Giuffrè, 1987. v. 3.

BUTRUCE, Vítor Augusto José. **A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um “direito a não cumprir”**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

CAMILLETTI, Francesco. **Profili del problema dell’equilibrio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 2004. (Collana diritto privato, v. 1).

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 15.

FORGIONI, Paula Andrea. Tullio Ascarelli e os contratos de distribuição. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli**, 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.186-189.

GAGLIARDI, Rafael Villar. **Exceção de contrato não cumprido**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

GOMES, Orlando. **Contratos. 27. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. **Novíssimas questões de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1984.

GUILHARDI, Pedro. **Garantias autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo código civil: da extinção do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6, t. 2.

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

LIVI, Maria Alessandra. Clausola attributiva del potere di sospendere l’esecuzione del contratto. *In*: CONFORTINI, Massimo. **Clauseole negoziali: profili teorici e applicativi di clauseole tipiche e atipiche**. Turim: Utet giuridica, 2019. p. 27-64.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: - direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, Antônio Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. **Revista Trimestral de Direito**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 3-31, 2000.

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Das cláusulas abusivas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, ZELMO (org.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 451-520.
- PEÇANHA, Danielle Tavares. **Qualificação funcional, contornos e limites das garantias autônomas no direito brasileiro**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3.
- PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROPPO, Vincenzo. Il contrato. *In*: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (org.). **Trattato di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2001. p. 38-39.
- SICARI, Giovanni. **La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Scuola di Dottorato in Diritto Internazionale, Privato e del Lavoro, Università degli Studi di Padova, Padova, 2008.
- SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Jeniffer Gomes da. Cláusulas solve et repete: perspectivas de atuação da autonomia privada na (de)limitação das exceções oponíveis pelo devedor. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1-40, jan./abr. 2020.
- TEPEDINO, Gustavo; BANDEIRA, Paula Greco; MACHADO, Bruna Vilanova. A cláusula forfeiture nos contratos de consórcio para exploração e produção de petróleo. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore; PIRES, Catarina Monteiro (org.). **Riscos no Direito Privado e na Arbitragem**. São Paulo: Editora Almedina, 2023. p. 187-208
- TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. v. 3.
- TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Danielle Tavares. Contornos das garantias autônomas no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 28, n. 2, p. 275-290, abr./jun. 2021.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1-26, 2021.
- WALD, Arnoldo. Garantia à primeira demanda no direito comparado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 26, n. 66, p. 5-12, abr./jun. 1987.

Como citar:

PEÇANHA, Danielle Tavares; TEPEDINO, Gustavo; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula solve et repete como mecanismo de gestão dos riscos contratuais: contornos e limites no direito brasileiro. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 29, n. 2, p. 1-14, abr./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2024.15171>

Endereço para correspondência:

Danielle Tavares Peçanha
E-mail: tav.danielle@yahoo.com.br

Gustavo Tepedino
E-mail: gt@tepedino.adv.br

Paula Greco Bandeira
E-mail: pgb@tepedino.adv.br



Recebido em: 10/02/2024
Aceito em: 02/05/2024