

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

PIETRO BENEDETTI TEIXEIRA WEBBER

A VEDAÇÃO ÀS CONDIÇÕES POTESTATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

**PORTO ALEGRE
2018**

PIETRO BENEDETTI TEIXEIRA WEBBER

A VEDAÇÃO ÀS CONDIÇÕES POTESTATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Luis Renato
Ferreira da Silva

Porto Alegre
2018

CIP – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

Webber, Pietro Benedetti Teixeira

A Vedação às Condições Potestativas no Direito Brasileiro /
Pietro Benedetti Teixeira Webber; orientador Luis Renato
Ferreira da Silva, 2018.

92 p.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) - Universidade
Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, Brasil, 2018.

1. Direito Civil. 2. Condição. 3. Condição Potestativa. 4.
Nulidade. I. Ferreira da Silva, Luis Renato
Renato, orient. II. Título.

PIETRO BENEDETTI TEIXEIRA WEBBER

A VEDAÇÃO ÀS CONDIÇÕES POTESTATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

PROF. DR. LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA
(Orientador)

PROF. DR. FABIANO MENKE
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

PROF. DR. GERSON LUIZ CARLOS BRANCO
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

A JUDITH MARTINS-COSTA,

Magistra

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de iniciar meus agradecimentos à toda minha família – composta por tantas famílias: os Benedetti Teixeira, os Webber, os Hoppe, os Hansen –, que me proporcionou as mais sólidas bases e sempre compreendeu os períodos de ausência devido a alguma atividade acadêmica. Vocês sempre estiveram comigo.

Além da alegria diária proporcionada pelos meus três irmãos menores (Lucca, Julia e Antonella), tive a sorte de encontrar três ‘irmãos’ mais velhos: Frederico Weingartner, Felipe Guaspari e Gustavo Machado. Há praticamente quinze anos, todas as mais mirabolantes ideias foram necessariamente compartilhadas, discutidas e arquitetadas em conjunto – e esta monografia não foi exceção a essa regra.

Durante a Faculdade, tive o privilégio estar ao lado de pessoas sensacionais. Em especial, Amanda Moreno, Laura Salvatori e Inaê Oliveira não só foram excelentes companhias, como também sempre tiveram as respostas para qualquer tipo de dúvida. Sem esse espírito de cooperação, seria impossível completar a graduação.

Todos sabem que o mais especial ocorreu quando Gabriela surgiu na minha vida: um exemplo de amor e de dedicação acadêmica. Nunca se cansou de ouvir todas minhas – inúmeras – indagações (jurídicas e não jurídicas) e sempre me apontou o caminho mais adequado. Deu-me com um enorme sorriso no rosto todo o suporte necessário não só ao revisar esta monografia, mas também ao incentivar-me *incondicionalmente* a enfrentar novos projetos.

Levarei desses anos passados no Castelinho muitas lembranças inesquecíveis. Devo agradecer, inicialmente, ao Professor Fabio Costa Morosini, meu orientador de iniciação científica logo nos primeiros dois anos de graduação; ao Professor Fabiano Menke, que me acolheu como seu monitor na disciplina de Parte Geral do Direito Civil durante a redação deste trabalho; e aos Professores Carlos Klein Zanini, José Guilherme Giacomuzzi, Lisiane Wingert Ody, Luis Felipe Spinelli e Sérgio Mattos, pelas marcantes aulas durante a graduação. Em especial, agradeço ao Professor Luis Renato Ferreira da Silva, por toda sua dedicação com seus alunos e pela cuidadosa e atenta revisão desta monografia.

Passar pelos cinco anos do curso de Direito não teria sido tão divertido, completo e emocionante sem os *moots*. Durante as VII, VIII e IX edições da Competição Brasileira de Arbitragem – Petrônio Muniz, e os XXIV, XXV e XXVI Willem C. Vis *International Commercial Arbitration Moot*, conheci pessoas que muito me ensinaram e que ficarão marcadas por toda a vida. Em nome de todas, agradeço à Professora Véra Fradera pela manutenção de atividade tão essencial à nossa Faculdade e pela oportunidade de ser *coach* da Equipe em 2018, bem como a Amanda Dill, Guilherme Nitschke e Lucas Gavronski, cuja amizade não se limitou aos treinamentos de *pleadings*.

Alessandro Hippler, Beatriz Alves, Catarina Paese e Katharine McCay, muito obrigado pela disposição em ajudar-me a encontrar itens essenciais da bibliografia e pela paciência em ouvir minhas divagações sobre o tema dessa monografia. Igualmente, agradeço Luciano Piva e Rodrigo Cantali, que gentilmente compartilharam seus trabalhos comigo.

A reflexão sobre o tema desta monografia foi facilitada pela gentileza e pela prestatividade de Gustavo Haical, que sempre esteve disposto para discuti-lo – desde antes de esta monografia se transformar em projeto de pesquisa até a véspera da finalização do texto –, dando precisas (e preciosas) contribuições e sugestões, e do Professor Cristiano de Sousa Zanetti, com quem tive a honrosa oportunidade de trocar ideias sobre a condição potestativa.

Agradeço, ainda, aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS – em especial à Sra. Nariman, que sempre foi muito solícita ao abrir-me as portas do acervo de obras raras –, e aos funcionários da Biblioteca do Senado Federal e das Bibliotecas Ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal, e Ministro Oscar Saraiva, do Superior Tribunal de Justiça, pelo imprescindível material encontrado em Brasília.

Tenho devo registrar meu agradecimento às sempre acolhedoras recepções do Instituto de Estudos Culturalistas. Uma temporada serrana era necessária toda vez que problemas pareciam não ter soluções. Canela é o local ideal para encontrá-las.

Todo esse caminho provavelmente teria sido bastante diferente sem *Judith Martins-Costa Advogados*. Minha trajetória profissional foi desde o início iluminada pela convivência com meus dois tutores, amigos e professores do dia-a-dia. Giovana Benetti e Rafael “Taga” Xavier, o incentivo que vocês me deram em todos os dias desde o início de 2015 foi essencial para cada vez mais perceber que estava no lugar certo, com as pessoas certas. Muitas das ideias apresentadas nas próximas páginas são resultado das várias discussões que tivemos no escritório.

E, se de minha família vieram as sólidas bases, com a Professora Judith Martins-Costa eu tive as mais importantes lições de Direito. Não à toa este trabalho é dedicado a ela. Para além de ser um exemplo de ética e moralidade – valores tão escassos nos dias de hoje –, sempre transmitiu junto com o profundo conhecimento todo o seu carinho.

Sem a participação dessas pessoas, este trabalho não teria existido. Muito obrigado a todos!

*In verità, è il tempo che,
determinando la realtà, la rende deludente.
Ma la realtà, se scomposta, frantumata,
ripensata, rielaborata, può diventare un grande spettacolo.
(LA GRANDE BELLEZZA)**

* SORRENTINO, Paolo; CONTARELLO, Umberto. *La Grande Bellezza*. Milano: Skira, 2013, p. 96.

RESUMO

WEBBER, Pietro Benedetti Teixeira. *A Vedação às Condições Potestativas no Direito Brasileiro*. 2018. 92 páginas. Monografia de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, dezembro de 2018.

Este trabalho tem por objeto a análise das condições potestativas no Direito brasileiro. As condições são essenciais ao tráfego jurídico, por representarem uma possibilidade de modulação dos efeitos de um negócio jurídico de acordo com a verificação de evento futuro e incerto. Uma de suas espécies é a condição potestativa, caracterizada por subordinar os efeitos ao arbítrio de uma das partes. Nada obstante sua importância, a condição potestativa é pouco explorada pela doutrina. Com esta monografia, busca-se contribuir com a investigação dos limites do regime previsto no artigo 122, *in fine*, do Código Civil. O trabalho divide-se em duas partes. Na primeira, aborda-se a definição de condição potestativa, dedicando-se uma seção ao seu conceito e outra à diferenciação de institutos que corriqueiramente com ele se confundem, tais como direitos potestativos. Na segunda parte, são analisadas as consequências estabelecidas pelo Direito brasileiro para a celebração de negócio jurídico em que se insere uma condição potestativa. Por isso, uma das seções abordará o suporte fático do artigo 122, *in fine*, do Código Civil, enquanto a outra tratará da eficácia da sanção legal.

Palavras-chave: condição – condição potestativa – condição ilícita – nulidade

ABSTRACT

WEBBER, Pietro Benedetti Teixeira. *The Prohibition of Discretionary Conditions under Brazilian Law*. 2018. 92 pages. Undergraduate thesis. Federal University of Rio Grande do Sul Law School. Porto Alegre, december 2018.

The object of this thesis is to analyse the discretionary conditions (“*condição potestativa*”) under Brazilian Law. Conditions are essential to legal transactions. They allow to modify the effects of legal transactions according to a future and uncertain event. The discretionary condition is a kind of condition in which the defining element is the dependence on the will of the parties. Albeit its importance, the discretionary condition is little explored by legal doctrine. This thesis aims to study the limits of article 122 of the Brazilian Civil Code and it is divided in two main parts. The first one, on the definition of discretionary condition, focuses on its definition as well as on its distinction from other legal regimes, as discretionary rights. The second one, on the consequences established by Brazilian Law, searches for the criteria for applying article 122 of the Brazilian Civil Code and its consequence: the invalidity of the legal transaction.

Key words: condition – discretionary condition – illicit condition – invalidity

ABREVIATURAS

Ag. ou AI	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
Ap. Cív.	Apelação Cível
AREsp	Agravo em Recurso Especial
art.	Artigo ou Artigos
Cf.	Conforme
Código Civil	Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002
Coord.	Coordenador
Des.	Desembargador
EDcl	Embargos de Declaração
<i>e.g.</i>	<i>Exempli gratia</i>
EI	Embargos Infringentes
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i>
J.	Julgado
Ltda.	Sociedade Limitada
Min.	Ministro
n.	Número
Org.	Organizador
p.	Página
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
Trad.	Tradução
R\$	Reais brasileiros
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
US\$	Dólares estadunidenses
Vol.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I. DEFINIÇÃO DE ‘CONDIÇÃO POTESTATIVA’	17
1.1. O QUE É ‘CONDIÇÃO POTESTATIVA’	17
<i>1.1.1. Elementos essenciais da condição</i>	17
<i>1.1.2. Particularidades da ‘condição potestativa’</i>	23
1.2. O QUE NÃO É ‘CONDIÇÃO POTESTATIVA’: PRECISÕES CONCEITUAIS	29
<i>1.2.1. Cláusula contratual não é ‘condição’</i>	31
<i>1.2.2. Direito potestativo não é ‘condição’</i>	40
PARTE II. A VEDAÇÃO ÀS ‘CONDIÇÕES POTESTATIVAS’	46
2.1. O SUPORTE FÁTICO DO ARTIGO 122 DO CÓDIGO CIVIL	46
<i>2.1.1. Potestatividade do credor e potestatividade do devedor</i>	46
<i>2.1.2. Condição suspensiva e condição resolutiva</i>	53
2.2. EFEITOS DA VEDAÇÃO ÀS ‘CONDIÇÕES POTESTATIVAS’	59
<i>2.2.1. A sanção ao negócio jurídico ao qual se apõe ‘condição potestativa’</i>	60
<i>2.2.2. A distinção em relação ao ‘implemento ficto’ da condição</i>	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS	73
CASOS CITADOS	84

INTRODUÇÃO

“O conceito ‘condição’ apresenta-se ao intérprete como um dos mais polissêmicos e difíceis da linguagem jurídica”²⁻³. Esses dois elementos estão inter-relacionados: grande parcela da dificuldade em aplicar-se a ‘condição’ tem origem nos diversos significados apostos a esse termo⁴ – seja no vernáculo popular, seja em acepções jurídicas⁵. Basta recordar que corriqueiramente se fala em ‘condições’ como estipulações contratuais⁶; requisitos de um negócio⁷, ou suas circunstâncias⁸; estado de algo⁹ ou alguém¹⁰, bem como sua classe ou categoria¹¹.

Diante deste cenário caleidoscópico em definições, este trabalho tem por objeto analisar pontualmente a vedação às condições potestativas no Direito brasileiro. Seu objetivo consiste em definir o conceito de condição potestativa para, então, delinear os contornos da vedação estabelecida pelo artigo 122, *in fine*, do Código Civil, a qual é “assaz controvertida e nem sempre bem apreciada nos julgados”¹².

As condições são elementos acidentais do negócio jurídico que permitem conferir flexibilidade ao que se contrata. Segundo PONTES DE MIRANDA, a condição “permite ao

² AFONSO, Ana Isabel. *A Condição*. Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda. Porto: Universidade Católica Editora, 2014, p. 13.

³ De acordo com João de Oliveira Galdes, já “nas fontes romanas, a polissemia do termo *condicio* [era] manifesta” (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 Ed., 2010, p. 32).

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação. In: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 15; DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1983, p. 356.

⁵ Como adverte Mathias Latina, “se avaliássemos a perfeição de um instituto jurídico pela precisão de sua nomenclatura, a condição se situaria na base dessa escala” (LATINA, Mathias. *Essai sur la Condition en Droit des Contrats*. Paris: LGDJ, 2009, p. 3). Salvo se expressamente indicado, os excertos de línguas estrangeiras foram traduzidos livremente, assim como foi mantida a grafia original das obras escritas em língua portuguesa.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 541, 1, p. 169: “Também se emprega o termo ‘condição’ para designar o fato de que depende o advento ou a resolução da eficácia. O sentido de qualquer determinação de conteúdo do negócio jurídico (*e.g.*, as ‘condições do contrato’), embora usado, é atécnico”.

⁷ Código Civil, art. 854.

⁸ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Introducción y Parte General. 15ª ed. Barcelona: Bosch, 2002, § 91, 1, p. 711.

⁹ Código Civil, art. 1.288.

¹⁰ Código Civil, art. 152; art. 1.051, parágrafo único; art. 1.763.

¹¹ ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto López. *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 407.

¹² FALCÃO, Alcino Pinto. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959, p. 252, referindo-se ao artigo 115 do Código Civil de 1916.

figurante querer, sem temer o futuro: por ela, o que não se quereria, sem auxílio de hipótese, pode ser querido”¹³. Ao lançar mão de uma “tentativa de domesticação”¹⁴ do futuro, as partes adaptam os efeitos de um negócio jurídico, modulando-os conforme a ocorrência, ou não, de evento futuro e incerto.

Uma das espécies do gênero ‘condição’ é a condição potestativa, na qual a incerteza inerente ao instituto é conjugada ao arbítrio de uma das partes. Trata-se de instrumento “cada vez mais indispensável ao giro dos negócios na sociedade moderna”¹⁵. Essa importância se reflete na jurisprudência, havendo incontável número de julgados que mencionam a condição potestativa em sua linha decisória.

Nada obstante, as condições potestativas são tratadas de forma incidental na doutrina. Os únicos trabalhos nacionais que tenham abordado especificamente o tema de que se tem notícia datam de 1922 e 1949¹⁶. Há estudos sobre o instituto jurídico da condição, cujo escopo é mais amplo do que aquele que se pretende analisar¹⁷.

Para a consecução de seus objetivos, este trabalho é dividido em duas Partes, cada uma englobando dois problemas específicos. Passa-se a apresentá-las, destacando a hipótese explicativa adotada como orientação para a análise dos problemas.

Na Parte I (“*Definição de ‘Condição Potestativa’*”), são abordados os seguintes problemas: o que é ‘condição potestativa’, momento em que pretende se definir seu conceito (seção 1.1.), e o que não é ‘condição potestativa’, quando se diferenciará a

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 540, 3, p. 165.

¹⁴ A expressão é de Luis Renato Ferreira da Silva, ao tratar da relação de tempo e Direito, *in verbis*: “A partir de manifestações volitivas as partes fixam o modo como vão agir no tempo futuro e acabam definindo, hoje, como será o amanhã. O programa contratual é uma domesticação (ou uma tentativa de domesticação) dos eventos futuros” (FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *O Tempo no Direito e o Direito no Tempo: provocação para uma relação entre direito e literatura a partir de um tema borgiano*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Narração e Normatividade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, p. 96).

¹⁵ AZEVEDO, Philadelpho. *Um Triênio de Judicatura*. Vol. III. São Paulo: Max Limonad, 1948, p. 165.

¹⁶ LINS, Jair. Alguns comentários sobre o artigo 115 do Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, vol. 38, jan.-jun./1922, p. 435-450; RIBEIRO FILHO, Basileu. *Condição Potestativa Pura e Indeterminação da Prestação*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1949. Registre-se ter Jair Lins iniciado seu trabalho afirmando que “os nossos grandes comentadores foram por demais resumidos nos seus comentários, não abordando as discussões que se podem levantar” (p. 435).

¹⁷ Apesar de não terem como foco a condição potestativa, na doutrina brasileira há três obras fundamentais sobre condição: os clássicos GUEIROS, Nehemias. *Da Condição em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Commercio, 1935 e AMARAL, Francisco. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; e a recente dissertação de MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017.

‘condição potestativa’ de outros conceitos que frequentemente são tratados como se condição potestativa fossem (seção 1.2.).

A hipótese que norteia estes problemas é de que a ausência de definição precisa no Código Civil brasileiro fez com que a condição potestativa se tornasse terreno fértil para a aplicação atécnica do instituto¹⁸. Para tanto, serão analisados exemplos da jurisprudência, de modo a verificar em que situações ocorreu a aplicação do artigo 122 do Código Civil.

Na Parte II (“*A Vedação às Condições Potestativas*”), serão abordados os seguintes problemas: o suporte fático do artigo 122, *in fine*, do Código Civil (seção 2.1.) e a sanção cominada pelo Ordenamento jurídico brasileiro às condições potestativas (seção 2.2.).

A esse respeito, trabalha-se com a hipótese de que o escopo de aplicação da condição potestativa no Direito brasileiro é mais restrito do que corriqueiramente adotado pela jurisprudência, a exemplo do que ocorre na experiência estrangeira. A segunda hipótese explicativa é de que restrições à utilização do implemento ficto da condição atuam como elementos catalisadores da utilização equivocada do regime da condição potestativa.

Estabelecidas essas premissas, registrem-se os recortes da abordagem proposta. O foco deste trabalho está no Direito Privado, não fazendo parte de seu escopo a análise de “cláusulas exorbitantes”¹⁹ constantes de contratos administrativos. Igualmente foge dos objetivos específicos do trabalho o exame do tema sob perspectiva histórica, embora pontualmente se remeta a seus elementos.

O método dedutivo é utilizado como perspectiva principal do trabalho. Parte-se da avaliação de institutos de Direito Privado para poder – a partir dessas perspectivas – avaliar o regime da condição potestativa. Adicionalmente, serão empregados de modo

¹⁸ Afinal, “a extensão dada à noção de condição faz bem entender o problema do emprego abusivo de sua qualificação” (DEROUIN, Philippe. Pour une analyse “fonctionnelle” de la Condition. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 77, n. 1, jan.-mar./1978, p. 4).

¹⁹ Assim entendidas como aquelas que “estão fora da órbita (ex orbita) do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular” (cf. DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 265). Celso Antônio Bandeira de Mello, com base na doutrina francesa, afirma que “a cláusula exorbitante caracteriza-se por seu caráter incomum em um contrato de Direito Privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele ainda que não fora nula” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 636).

incidental e como suporte para o raciocínio dedutivo, o método dialético, para contraposições doutrinárias e jurisprudenciais, e o método hermenêutico, para a interpretação dos resultados obtidos a partir das técnicas de pesquisa. O recurso ao Direito comparado será utilizado como mecanismo complementar de análise, especialmente para se verificar a compatibilidade do Direito brasileiro com as soluções dadas em outros sistemas jurídicos (principalmente o Direito francês e o italiano)²⁰.

As técnicas de pesquisas utilizadas consistem em pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial qualitativa. Nesse sentido, registre-se ter sido realizada pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal²¹, no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça de São Paulo²², localizando-se 151 decisões²³. Esses acórdãos serão referidos ao longo do trabalho como forma de verificação das hipóteses de pesquisa.

Pretende-se, com este trabalho, estabelecer limites à utilização do regime da condição potestativa. Como recorda Judith MARTINS-COSTA, “a ausência de limites importa necessariamente em arbítrio”²⁴. Assim, definir-se critérios para a incidência do artigo 122, *in fine*, do Código Civil implica a redução da discricionariedade quando de sua aplicação.

²⁰ Não se pretende realizar um simples exame de “legislação comparada”. Como adverte Véra Fradera, o recurso ao Direito comparado deve buscar as “razões das semelhanças e diferenças entre normas, institutos e sistemas jurídicos” (FRADERA, Véra. Apresentação. In: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. de Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 6).

²¹ Conforme os artigos 101, III, da Constituição Federal de 1946 e 114, III, da Constituição Federal de 1967, ao Supremo Tribunal Federal cabia o julgamento de recurso contra decisão que conferisse interpretação divergente da que lhe houvesse dado outro Tribunal ou o próprio STF, bem como de decisão que negasse vigência a lei federal. A Constituição Federal de 1988 alterou essas hipóteses, atribuindo a competência ao Superior Tribunal de Justiça (cf. art. 105, III). Diante disso, optou-se por realizar a análise da jurisprudência do STF para que a análise contemplasse julgados anteriores a 1988.

²² A opção por analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo não é aleatória. Conforme os dados do Painel “Justiça em Números”, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça com base em dados coletados em 2016, o TJSP é o tribunal com maior volume de casos novos que atendam ao filtro “processo civil e do trabalho”. Em realidade, o volume de novos casos no TJSP é tão grande (24.526.984) que supera um quarto dos novos casos ajuizados em todos os outros tribunais de justiça e tribunais regionais federais do Brasil (91.778.637). Os dados estão disponíveis no sítio eletrônico <<https://paineis.cnj.jus.br/>> e foram acessados em 07.08.2018.

²³ Os casos foram coletados nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais em junho de 2018, a partir dos seguintes filtros de pesquisa na ementa: “condição potestativa”, “condição puramente potestativa”, “condição simplesmente potestativa”, “condição meramente potestativa” e “‘condição’ e ‘potestativa’”. Foram, ainda, acrescidos 41 casos do Tribunal de Justiça de São Paulo que responderam ao critério “cláusula abusiva e 122”, os quais serão analisados na seção 1.2.1., *infra*.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. Critérios para a sua Aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 11, recordando provérbio segundo o qual “quando as margens são ultrapassadas, caem todos os limites”.

PARTE I. DEFINIÇÃO DE ‘CONDIÇÃO POTESTATIVA’

Considerando a vagueza inerente à linguagem²⁵, seria uma “noção falaciosa” afirmar que a definição acurada de conceitos é tarefa acadêmica dissociada de utilidade substancial aos operadores do Direito²⁶. Dessa forma, o ponto de partida da análise da vedação às condições potestativas será o seu conceito.

Para defini-lo propriamente, cabe inicialmente analisar os elementos que identificam uma condição potestativa (I.I.). Estabelecidos esses pressupostos, será o momento de diferenciar a condição potestativa de outros institutos jurídicos com ela frequentemente confundidos (I.2.).

1.1. O QUE É ‘CONDIÇÃO POTESTATIVA’

A condição potestativa é espécie do gênero ‘condição’. Logo, somente se poderá definir seu conceito se se partir do esquadramento dos elementos essenciais da condição (I.I.1.) para, então, chegar-se às particularidades da condição potestativa (I.I.2.).

1.1.1. Elementos essenciais da condição

É a condição que “permite ao figurante querer, sem temer o futuro”, na lição de PONTES DE MIRANDA²⁷. À expressão ‘condição’, atribui-se tecnicamente duplice significado jurídico²⁸: pode-se tanto referir à ‘condição-fato’ (isto é, o fato a que se submete a eficácia do negócio jurídico) quanto à ‘condição-cláusula’ – a expressão que

²⁵ Adverte Genaro Carrió que “una de las principales funciones de las palabras – aunque no la única – es hacer referencia a objetos, propiedades, fenómenos, estados de ánimo, actividades, etc. Como nuestro equipo lingüístico no es lo suficientemente rico, ni habría ventaja alguna en que lo fuera tanto, no disponemos de una palabra para cada objeto individual [...]. Es aquí, en el uso de palabras generales, que son palabras clasificadoras, donde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar una comunicación lingüística” (CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 27).

²⁶ HOHFELD, Wesley N. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, vol. 26, n. 8, 1917, p. 710-711.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 540, 3, p. 165.

²⁸ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 569. Registre-se a necessidade de atentar-se à problemática da polissemia de ‘condição’, como abordado na Introdução.

manifesta essa subordinação²⁹. Como elucida Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, a condição, como cláusula, é elemento do negócio jurídico, enquanto o advento do evento futuro é fator de eficácia, pois “uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência”³⁰. Há, assim, um nexu íntimo entre a condição e a manifestação de vontade³¹, de modo que a condição deve ser considerada *inexa*³² à manifestação volitiva.

Funcionalmente, a condição atende a vetusto adágio romano, segundo o qual se amarram os bois pelos chifres; os homens, pelas palavras³³. Qualificá-la como um elemento *inexo*³⁴ – e não anexo ou acessório³⁵, como é “vulgarmente considerada”³⁶ –, implica reconhecer a impossibilidade de cindir-se³⁷ a declaração de vontade em

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 541, 2, p. 170; VON TUHR, Andreas. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. espanhola de Wenceslao Roces. Granada: Comares, 2006, p. 75.

³⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico*. Existência, Validade e Eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

³¹ Caracterizada pela “unidade e indivisibilidade do negócio condicional” (cf. PINTO COELHO, José Gabriel. *Das Clausulas Accessorias dos Negocios Jurídicos*. Vol. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1909, p. 33).

³² Adota-se a expressão de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 540, 1, p. 164.

³³ O provérbio foi recordado por Judith Martins-Costa por ocasião do XV Congresso Internacional de Arbitragem (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; VISCONTE, Debora; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Trabalhos do XV Congresso Internacional de Arbitragem: Consentimento na Arbitragem Internacional*. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2017, p. 73).

³⁴ Registre-se a informação constante do “Panorama atual pelos Atualizadores” do *Tratado de Direito Privado*: “A palavra ‘inexo’ consta do Volp, mas não dos mais importantes dicionários editados no Brasil, ao menos. Apenas o Dicionário Caldas Aulete [...] assim registra: ‘inexo – adj. O mesmo que *anexo*’. Esse sentido, porém, nos parece equivocado, porque a palavra latina ‘innexus’ não significa anexo, conforme consta dos dicionários de latim, que a anotavam com a acepção de ‘atado, preso a, ligado a’” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 540.B, p. 168).

³⁵ Há, todavia, isoladas opiniões defendendo que a condição é *acessória* ao ato jurídico. Nesse sentido, registre-se a opinião de DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 576, *in verbis*: “são elementos acidentais porque o ato negocial se perfaz sem eles, subsistindo mesmo que não haja sua estipulação. Sua presença é dispensável para a existência do negócio, uma vez que são *declarações acessórias da vontade*, incorporadas a outra, que é principal”. Destaque não-original.

³⁶ A crítica consta de AMARAL, Francisco. *Da Irretroatividade da Condição Suspensiva no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 81.

³⁷ CESAR, José Augusto. *Ensaio sobre os Actos Jurídicos*. Campinas: Genoud, 1913, p. 75; AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 507. No mesmo sentido, tratando do Direito espanhol, DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Tomo I. 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 154.

‘principal’ e ‘acessória’³⁸. “Há uma vontade única, mas condicional”³⁹. Essa característica é essencial para compreender as consequências da vedação às condições potestativas⁴⁰.

Em relação aos elementos essenciais da condição, é de se notar que a definição constante do artigo 114 do Código Civil de 1916 mencionava apenas a futuridade e a incerteza, ao prever o seguinte: “[c]onsidera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto”⁴¹.

Este dispositivo sofreu severas críticas de Nehemias GUEIROS. O professor pernambucano apontava o defeito da definição legal por três ordens de razão: (i) não considerar o “elemento principal do conceito de condição”⁴² – a voluntariedade; (ii) o emprego da expressão “subordina o efeito do ato jurídico” seria adequado apenas à condição suspensiva, e não à resolutiva, na qual o que se subordina é “a duração do efeito produzido”⁴³, vez que o ato produz efeitos desde que celebrado; e, por fim, (iii) o emprego da palavra *evento*, a qual deveria ser substituída por ‘fato’ – expressão que “tanto pode ser utilizad[a] para definir o evento como o não-evento”⁴⁴⁻⁴⁵.

A definição do Código Civil de 2002 foi alterada no sentido da primeira crítica formulada por Nehemias GUEIROS. O Novo Código Civil incorporou a voluntariedade na

³⁸ GAMA, Affonso Dionysio. *Dos Actos Juridicos*. Theoria Elementar. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 65, que indica: “a vontade é sempre firme, haja, ou não, condição”. No mesmo sentido: CARVALHO SANTOS, José Manuel. *Código Civil Brasileiro Interpretado*: principalmente sobre o ponto de vista prático. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 5-6; ENNECERUS, Ludwig. *Derecho Civil*. Parte General. Vol. II. Atualizado por Hans Carl Nipperdey. Trad. espanhola de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, p. 314.

³⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Vol. II. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 644.

⁴⁰ Vide, *infra*, seção 2.2.1.

⁴¹ Código Civil de 1916, art. 114. No artigo 117 do Código Civil de 1916, esclarecia-se: “não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede”.

⁴² GUEIROS, Nehemias. *Da Condição em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Commercio, 1935, p. 24.

⁴³ GUEIROS, Nehemias. *Da Condição em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Commercio, 1935, p. 26-27.

⁴⁴ GUEIROS, Nehemias. *Da Condição em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Commercio, 1935, p. 28.

⁴⁵ Em sentido semelhante se posicionou Eduardo Espinola, defendendo ser “mais exata e completa” a seguinte definição: “condição é a cláusula, derivada exclusivamente da vontade dos declarantes, que subordina a eficácia ou a resolução do ato jurídico a acontecimento futuro e incerto” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Condição*. In: CARVALHO SANTOS, José Manuel; AGUIAR DIAS, José de. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. X. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 356).

definição de condição⁴⁶, conceituando-a como a cláusula que “derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”⁴⁷.

Este aspecto é essencial: a condição apenas pode derivar da vontade das partes⁴⁸, o que afasta a tecnicidade de se classificar as ‘condições legais’ (ou *condicio iuris*) como verdadeiras ‘condições’. A estas se ligam os elementos legais do suporte fático, e não eventos futuros e incertos⁴⁹, de forma que “a vontade das partes não atua, quer para incluí-lo no conteúdo preceptivo do negócio jurídico, quer para excluí-la da estrutura do negócio jurídico”⁵⁰. Portanto, se o fato que possibilita o implemento da condição se relaciona a elemento essencial ou decorre da natureza do negócio jurídico, não há, tecnicamente, condição⁵¹⁻⁵².

A voluntariedade não constitui o único elemento da condição. Também é necessário que se envolva evento futuro e incerto. Sem incerteza, não há condição. É a incerteza que justifica a instalação do estado de pendência que dura até a verificação da condição⁵³. Trata-se do traço distintivo entre a condição e o termo, o qual se refere a acontecimento futuro e certo. Conforme Caio Mário da SILVA PEREIRA, há quatro espécies de incerteza: *incertus an*, *incertus quando*; *incertus an*, *certus quando*; *certus*

⁴⁶ Como relata Moreira Alves, “o Projeto procurou aperfeiçoar o Código vigente, corrigindo-lhe falhas e suprindo-se lacunas. No art. 119 (que corresponde ao 114 do Código atual), a inclusão da frase ‘derivando exclusivamente da vontade das partes’ serve para afastar do terreno das condições em sentido técnico as *condiciones iuris*” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 106-107).

⁴⁷ Código Civil, art. 121.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 541, 2, p. 171.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 541, 4, p. 176.

⁵⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Negócios jurídicos com eficácia limitada e o novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). *Questões Controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007, p. 325.

⁵¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As Condições no Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114; ESPÍNOLA, Eduardo. *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*. Vol. I. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918, p. 385; CESAR, José Augusto. *Ensaio sobre os Actos Jurídicos*. Campinas: Genoud, 1913, p. 75-76.

⁵² Não se pode admitir como condição simplesmente potestativa o fato de operação de fusão de sociedade anônima depender de aprovação assemblear, como entendeu o TJSP em mais de uma oportunidade (TJSP. Ap. Cív. 0184196-53.2010.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Des. Claudio Godoy. J. em 09.12.2014; TJSP. Ap. Cív. 0113284-65.2009.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Des. Claudio Godoy. J. em 27.11.2017), pois esta é requisito legal estabelecido pelos artigos 122, VIII, e 228 da Lei 6.404/1976.

⁵³ AMARAL, Francisco. *Da Irretroatividade da Condição Suspensiva no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 89.

an, incertus quando; e, certus an, certus quando. Somente nas duas primeiras espécies haveria condição⁵⁴, enquanto as duas últimas configurariam termo⁵⁵.

Cabe registrar não serem aptos a constituir condição eventos presentes ou pretéritos. É precisamente o fato de o acontecimento ainda não ter ocorrido que dá sentido ao caráter temporal diferido entre a celebração do negócio jurídico com condição e seu implemento. Em nosso Ordenamento jurídico, não se admite a “incerteza subjetiva”⁵⁶ – isto é, que um fato pretérito, sobre o qual as partes não tenham conhecimento, seja elemento da condição⁵⁷. A incerteza deve ser aferida de forma objetiva⁵⁸, em momento contemporâneo à formação do negócio jurídico⁵⁹.

Malgrado a existência da condição derive da vontade das partes⁶⁰, seu implemento não pode desta depender. “Se o implemento dependesse da vontade de uma parte, não se teria incerteza, não se teria condição”⁶¹. Após pactuar-se a condição e surgir o direito expectativo, surgem deveres de comportamento de acordo com a boa-fé objetiva⁶² para

⁵⁴ PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 356.

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 417.

⁵⁶ VAMPRÉ, Spencer. *Manual de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1920, p. 96, exemplificando com a promessa de doação de prêmio de loteria sorteada no dia anterior: “essa promessa não é condicional, porque, ou é perfeita, si tiver havido premio, ou é nulla no caso contrário” (p. 96).

⁵⁷ Neste aspecto, o Direito brasileiro adota posição semelhante à do direito alemão, em que não se admite a incerteza subjetiva (VON TUHR, Andreas. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. espanhola de Wenceslao Roces. Granada: Comares, 2006, p. 75), distanciando-se do Direito espanhol, em que esta é permitida (cf. DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Tomo I. 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 153). Em relação ao Direito português, Coelho da Rocha, *e.g.*, entendia que “a condição é um acontecimento incerto e futuro, ou ao menos considerado como tal, do qual faz depender uma cousa” (COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Instituições de Direito Civil Portuguez*. 4ª ed. Tomo I. Coimbra: Augusto Orcel, 1857, p. 69, destaque não-original).

⁵⁸ A análise quanto à incerteza deve ser objetiva, não sendo influenciada por circunstâncias pessoais dos contratantes. Não se pode concordar com Luiz Fernando Guerrero, para quem o “caráter incerto deve ser aferível pelo homem médio num determinado local e numa determinada época. O homem médio seria aquele apto a contratar no direito civil e também poderia ser incluído neste âmbito aquele consumidor não hipossuficiente. Já o comerciante teria de certo modo obrigação de verificar a incerteza da condição pelo fato de desempenhar uma atividade com profissionalismo. O consumidor hipossuficiente, por fim, deve ter a interpretação sobre a incerteza mitigada em função de suas limitações de ordem econômica ou social” (GUERRERO, Luis Fernando. “Da condição do termo e do encargo” e “dos defeitos do negócio jurídico” (vícios de consentimento). Releitura à luz do direito obrigacional empresarial. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 102, jun./2008, p. 19).

⁵⁹ CAROCCIA, Francesca. *Il Paradigma della Condizione e le Dinamiche Negoziali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 147.

⁶⁰ Ressalve-se a posição de Zeno Veloso, que afirma a possibilidade de se apor condição a negócio jurídico unilateral, de forma que a vontade não derivaria das partes, no plural (VELOSO, Zeno. *Condição, Termo e Encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 18). No mesmo sentido: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 243.

⁶¹ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Tomo II. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 2155.

⁶² DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Tomo I. 11ª ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 158.

que se mantenha “a dose de incerteza própria da fase de pendência”⁶³. Ainda que as condições possam sofrer a interferência do comportamento dos contratantes durante o período de pendência, as partes não podem “realizar qualquer ato que possa obstaculizar ou impedir o desenvolvimento normal da relação obrigacional até a situação definitiva em que se encontrarão com o implemento da condição”⁶⁴. A indevida interferência na fase de pendência da condição é sancionada, na forma do artigo 129 do Código Civil, ao se reputar verificada a condição cujo implemento fora obstaculizado e não-implementada aquela cujo implemento não foi natural⁶⁵.

Outro elemento que é considerado por parcela da doutrina como essencial à condição é a *possibilidade* do evento⁶⁶. Todavia, não há razão para se considerar este requisito de forma autônoma, uma vez que condições impossíveis não cumprem o requisito da incerteza. Na medida em que (i) a incerteza é o elemento característico da condição e (ii) a impossibilidade do ato condicionado acarreta a certeza de sua não-realização⁶⁷, não se deve considerar a possibilidade como requisito adicional às condições.

O Ordenamento jurídico admite a pactuação de condições *improváveis*, mas não impossíveis⁶⁸, pois “a improbabilidade de um evento é apenas um grau alto de incerteza”⁶⁹. Por essa razão, as ‘condições’ impossíveis sequer podem ser consideradas condições⁷⁰. A impossibilidade da condição acarreta a invalidade do ato condicionado,

⁶³ CHIESI, Gianpaolo. *La Buona Fede in Pendenza della Condizione*. Padova: Cedam, 2006, p. 32.

⁶⁴ SOUTULLO, Carmen Arija. *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*. Granada: Comares, 2000, p. 1.

⁶⁵ *In verbis*: “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”. Veja-se, nesse sentido, a seção 2.2.2., *infra*.

⁶⁶ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 439; CARNACCHIONI, Daniel. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 573.

⁶⁷ Nesse sentido: AMARAL, Francisco. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 89, *in verbis*: “Se [o evento for] impossível, não há incerteza e não se verificará o estado de pendência, característica do ato condicionado”; e SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 232, que qualifica a condição impossível como “não condição”.

⁶⁸ Ao analisar contrato de fiança bancária, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça não se poder exigir do beneficiário da fiança que, no prazo de 48 horas após o vencimento da obrigação principal, comunicasse o fato ao banco fiador, por tratar-se de condição fisicamente impossível (STJ. AgRg no Ag 213.602/RJ. Quarta Turma. Relator Min. Barros Monteiro. J. em 13.06.2000).

⁶⁹ COSTANZA, Maria. *Condizione nel Contratto*. In: GALGANO, Francesco (Coord.). *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 52.

⁷⁰ Nesse sentido, BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Atualizado por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 233.

em se tratando de condição suspensiva⁷¹, e a inexistência da condição, quando houver condição resolutiva⁷², caso em que se mantém incólume o negócio jurídico.

Logo, voluntariedade, futuridade e incerteza são os três elementos estruturais da condição⁷³. Presentes esses elementos quando da celebração do negócio jurídico⁷⁴, tem-se condição apta a subordinar os efeitos (ou a duração dos efeitos) de um fato jurídico a determinado fato, cuja realização deve ocorrer espontaneamente, “obedecendo-se ao curso normal dos acontecimentos”⁷⁵.

Estabelecidos esses elementos essenciais, deve-se investigar as peculiaridades das condições potestativas, que conduzem à investigação de seu regime específico.

1.1.2. Particularidades da ‘condição potestativa’

As únicas espécies de condição referidas no Código Civil são a suspensiva⁷⁶, a resolutiva⁷⁷⁻⁷⁸, a impossível⁷⁹, a ilícita⁸⁰ e a contraditória⁸¹. Nada obstante a doutrina classifique as condições de diversos modos – chegando Nehemias GUEIROS a propor dezoito distintas formas de classificação⁸² –, a mais relevante análise para esta

⁷¹ Código Civil, art. 123, I.

⁷² Código Civil, art. 124.

⁷³ Nessa linha, *e.g.*, FULGÊNCIO, Tito. *Programmas de Direito Civil*: primeiro anno do curso e primeira parte do segundo na Faculdade Livre de Direito de Belo Horizonte. 2ª ed. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1921, p. 41.

⁷⁴ É inadmissível alegar que o exercício contratual criou condição potestativa, como parece admitir o acórdão TJSP. Ag 0017776-87.1998.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Tersio Negrato. J. em 23.11.1998.

⁷⁵ VELOSO, Zeno. *Condição, Termo e Encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 63.

⁷⁶ Código Civil, artigos 125 e 126.

⁷⁷ Código Civil, artigos 124, 127 e 128.

⁷⁸ Relata Moreira Alves ser a distinção entre condição suspensiva e resolutiva “de criação moderna” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 169).

⁷⁹ Código Civil, artigos 123, I e 124. Nada obstante refira o Código Civil como espécie de condição, reitera-se o exposto (seção 1.1., *supra*) quanto ao fato de a impossibilidade desnaturar a incerteza da condição.

⁸⁰ Código Civil, artigos 122 e 123, II.

⁸¹ Código Civil, artigos 123, III.

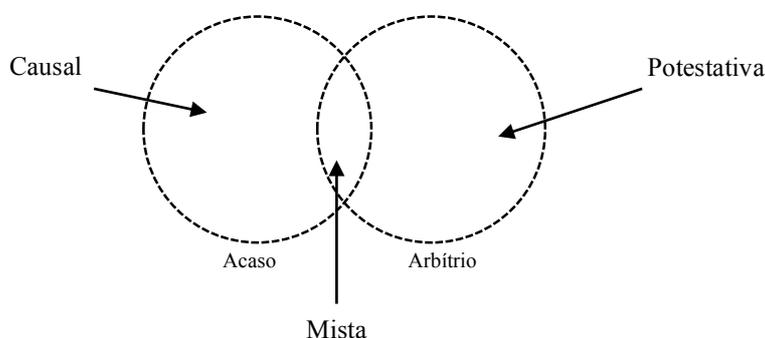
⁸² GUEIROS, Nehemias. *Da Condição em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Commercio, 1935, p. 74 e ss.

monografia deve seguir a natureza do evento condicionante⁸³. Esse critério permite a distinção entre condições causais, potestativas e mistas⁸⁴.

Essa classificação torna possível a interpretação do artigo 122 do Código Civil, que tem a seguinte redação:

“São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”⁸⁵.

Inicialmente, cabe especificar o que se entende por cada uma dessas espécies de condição. A causal seria aquela cujo implemento dependesse exclusivamente do acaso. A potestativa, por sua vez, é identificada quando “o querer do agente [for] decisivo para que se realize a condição”⁸⁶. Por fim, a condição mista seria aquela em que há participação do arbítrio de uma das partes para o seu implemento; todavia, a influência da vontade do contratante não seria absoluta, devendo-se conjugar com o acaso para possibilitar o implemento da condição⁸⁷. O esquema abaixo sintetiza essa classificação.



⁸³ Cabe recordar a lição de Pinto Coelho, para quem “a mais importante classificação das condições” seria a conforme os efeitos; a “divisão em causas, potestativas e mixtas” teria importância prática, enquanto “as restantes [...] têm um interesse exclusivamente doutrinário” (PINTO COELHO, José Gabriel. *Das Clausulas Accessorias dos Negócios Jurídicos*. Vol. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1909, p. 39).

⁸⁴ No Direito italiano, essa diferenciação também é resultado da atividade da doutrina, não sendo expressamente enunciada no *Codice Civile*. Nesse sentido: CAPONETTI, Barbara. La Condizione Potestativa e Meramente Potestativa: confronto con le figure del recesso e dell’opzione. In: ALCARO, Francesco (Coord.). *La Condizione nel Contratto: tra ‘atto’ e ‘attività’*. Padova: Cedam, 2008, p. 56.

⁸⁵ Para Rafael Alves, interpretação *a contrario sensu* deste dispositivo evidenciaria que as condições potestativas não são ‘ímorais’, nem ofendem a ordem pública (ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e Direito*. O julgamento do mérito na arbitragem. São Paulo: Almedina, 2018, p. 216-218).

⁸⁶ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309.

⁸⁷ Conforme a definição de Ana Afonso, a condição mista corresponde à “modalidade condicional em que a ocorrência do evento fica simultaneamente dependente da vontade de uma das partes e de um facto natural ou de um ato de terceiro” (AFONSO, Ana Isabel. *A Condição*. Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda. Porto: Universidade Católica Editora, 2014, p. 184). Trata-se da mesma classificação apresentada por Pothier, que ilustra com a seguinte estipulação: “se você casar com minha prima” (POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des Obligations*. Tomo I. Paris: Debure, 1764, § 201, p. 225).

Essa vetusta classificação tripartite mostra-se, em verdade, deficiente. Isso porque a doutrina e a jurisprudência, ao se aperceberem de que a influência da vontade de uma das partes pode ser maior ou menor, passaram a considerar inválida apenas uma ‘subespécie’ de condição potestativa: a condição *puramente* potestativa. Ao contrário, a condição *simplesmente* (ou *meramente*)⁸⁸ potestativa é permitida pelo Ordenamento jurídico.

Essa classificação doutrinária baseada nos advérbios ‘puramente’ e ‘simplesmente’ mais pode confundir do que esclarecer, sobretudo porque a distinção “nem sempre é apreciada com precisão técnica pela jurisprudência brasileira”⁸⁹. Nesse sentido, já alertava o Ministro Luiz Gallotti em acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal em 1950:

“Este caso serve para mostrar quanto é perigoso o pretender-se a solução de problemas jurídicos mediante o decisivo apoio de dicionários.

Pretende o recorrente que não haja a distinção, admitida pela sentença, entre condições puramente potestativas e simplesmente potestativas, porque não a encontrou nos dicionários.

Mas a verdade é que, no direito, a distinção existe”⁹⁰.

Nada obstante o óbice linguístico, o qual é potencializado pelo “transplante jurídico” acrítico de sistemas jurídicos estrangeiros⁹¹, a distinção entre as duas espécies é

⁸⁸ Adota-se ‘simplesmente’ como sinônimo de ‘meramente’. Conforme o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, ambas as palavras têm como significado “de modo restrito ou exclusivo”. É de se registrar, contudo, que parte da doutrina entende serem as condições ‘meramente’ potestativas as proibidas pelo artigo 122 do Código Civil (e.g., MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 246; LINS, Jair. Alguns commentarios sobre o artigo 115 do Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, vol. 38, jan.-jun./1922, p. 436), possivelmente por influência da doutrina italiana, como percebe VELOSO, Zeno. *Condição, Termo e Encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 26. Vide também nota de rodapé n. 91, *infra*.

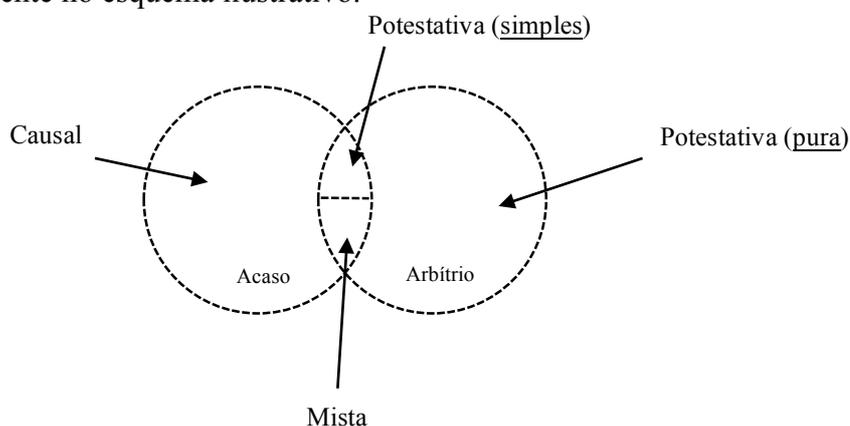
⁸⁹ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 75; BUSCHINELLI, Gustavo Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 222.

⁹⁰ STF. RE 13.893/DF. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Gallotti. J. em 27.11.1950.

⁹¹ No Direito italiano, a “condizione *meramente* potestativa” corresponde à espécie vedada, enquanto a “condizione potestativa *semplice*” é admitida (cf. ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 578). Quanto ao cuidado necessário quando da circulação de modelos jurídicos, remete-se ao alerta de MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de Buy or Sell na perspectiva do direito das obrigações. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Orgs.). *Lei das S.A. em seus 40 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 535-536.

muito importante⁹²: a condição potestativa (*i*) pode depender inteiramente do arbítrio de uma das partes, atendendo à fórmula “se eu quiser”⁹³ – caso em que será ilícita; ou (*ii*) pode depender de um fato decorrente de um ato das partes – hipótese em que a condição é admitida pelo Ordenamento jurídico⁹⁴. Afinal, “assim como é livre a manifestação de vontade pura e simplesmente, também é livre aos estipulantes a declaração de uma condição a que esteja subordinada a declaração de vontade”⁹⁵.

Apesar da relevância de classificar-se a condição potestativa conforme o grau de influência do arbítrio, deve-se perceber que a distinção entre *simplesmente* e *puramente* potestativa somente faz sentido quando analisada exclusivamente a espécie potestativa da condição. Com isso, quer-se dizer que, ao analisar o gênero ‘condição’, verifica-se que a chamada condição *mista* se sobrepõe funcionalmente à condição potestativa simples⁹⁶. Veja-se novamente no esquema ilustrativo.



⁹² Como sustenta Baliseu Ribeiro Filho, não há discussão sobre a invalidade de ato jurídico condicionado ao mero querer do devedor; a “dificuldade *prática* consiste em saber quando há condição potestativa pura (e não simples)” (RIBEIRO FILHO, Basileu. *Condição Potestativa Pura e Indeterminação da Prestação*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1949, p. 40).

⁹³ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309. A expressão ‘*si voluero*’ também é recorrentemente adotada pela doutrina (e.g., GUEIROS, Nehemias. *Da Condição em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Commercio, 1935, p. 127; MIRANDA, Custódio Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 69; GHESTIN, Jacques. La Notion de Condition Potestative au Sens de l’Article 1174 du Code Civil. In: *Études dédiées à Alex Weill*. Paris: Dalloz-Litec, 1983, p. 245).

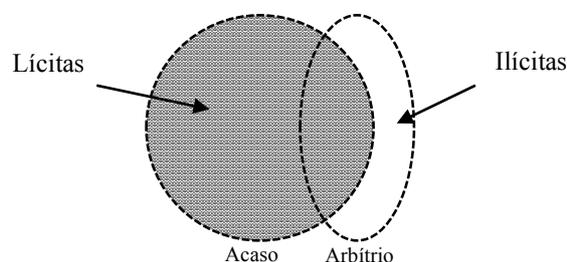
⁹⁴ No mesmo sentido, decidiu-se no Procedimento Arbitral ICC 16958, *in verbis*: “145. A diferença entre a ‘condition simplement potestative’ e a ‘condition purement potestative’ (assim referido em francês pelos *experts*): o implemento desta depende do puro arbítrio da parte interessada. Esta condição é nula. O implemento daquela depende não apenas do arbítrio, mas também de fatores objetivos externos. Esta condição é válida” (ICC 16958. In: *ICC Dispute Resolution Bulletin*, n. 2, 2016, p. 69).

⁹⁵ FERREIRA COELHO, A. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas do “Jornal do Brasil”, 1926, p. 245.

⁹⁶ Ana Afonso sustenta existir uma sutil diferença entre a condição mista e a condição simplesmente potestativa. Naquela, a despeito da vontade dos interessados, o acontecimento do evento-fato tem “absoluta independência”; nesta, o fato ocorre *sob influência* da vontade (AFONSO, Ana Isabel. *A Condição*. Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda. Porto: Universidade Católica Editora, 2014, p. 185). Entende-se que, mesmo ao se considerar posicionamento, ambas as espécies atuam da mesma forma. Por essa razão, afirma-se haver equivalência *funcional* entre a condição simplesmente potestativa e a condição mista.

Portanto, devido à sobreposição funcional das figuras, considera-se a classificação bipartite a mais adequada⁹⁷. As condições cujo implemento demanda certa dose de arbítrio de uma das partes seriam consideradas *potestativas*, enquanto aquelas que dependessem exclusivamente do acaso seriam *causais*⁹⁸.

Dessa forma, o esquema ilustrativo poderia ser simplificado da seguinte maneira, em que o círculo branco representaria as ‘condições’ potestativas ilícitas vedadas pelo artigo 122 do Código Civil (compreendendo tão-somente as exclusivamente dependentes do arbítrio), e todas as condições que se relacionassem com um elemento aleatório – em maior ou menor grau – se situariam no círculo hachurado, sendo admitidas pelo Ordenamento jurídico.



Não por acaso o círculo branco apresentado neste último esquema é consideravelmente menor que o hachurado. As ‘condições’ potestativas ilícitas são “raras na prática”⁹⁹ e não constituem condições em sentido técnico. Como se verá na seção 2.2.1., *infra*, a vedação a essas condições se descola da análise do ‘puro querer’. Em verdade, o artigo 122, *in fine*, sanciona o impedimento à formação do vínculo contratual. Se negócio jurídico não existe, não há, pois, condição.

Desse modo, pode-se afirmar que a espécie potestativa do gênero condição identifica-se pela presença de determinada dose de arbítrio de um dos contratantes,

⁹⁷ Nesse sentido, SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Parecer n. 5. In: *Obrigações e Contratos*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 63.

⁹⁸ Essa é a proposta de PINTO COELHO, José Gabriel. *Das Clausulas Accessorias dos Negócios Jurídicos*. Vol. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1909, p. 51-52. O jurista português afirma, contudo, que aceita a qualificação tripartite “para não alterar a terminologia usual” (p. 52).

⁹⁹ A expressão é de Jacques Ghestin, para quem o escopo da proibição às condições potestativas é tão reduzido a ponto de qualificá-la como “discussão acadêmica” (GHESTIN, Jacques. *La Notion de Condition Potestative au Sens de l’Article 1174 du Code Civil*. In: *Études dédiées à Alex Weill*. Paris: Dalloz-Litec, 1983, p. 245).

conjugada ao acaso. Essa condição não pode ser considerada ilícita, como demonstram dois exemplos muito frequentes no tráfico jurídico.

Ao estipular *earn-out*¹⁰⁰, cujas metas mais comuns de atingimento são (i) limites financeiros, tais como o atingimento de determinado nível de EBITDA; (ii) marcos empresariais, como o lançamento de um novo produto; e (iii) *performance* de desempenho no mercado¹⁰¹, em geral haverá a participação da vontade de um dos contratantes para que as condições suspensivas a que subordinado o pagamento possam ser verificadas. Não se trata, portanto, de condições causais, mas que nem por isso serão vedadas pelo Ordenamento jurídico.

De forma semelhante, cite-se o pagamento de honorários advocatícios *ad exitum*. É necessária a participação do advogado para possibilitar a verificação da condição: se se mantiver inerte, dificilmente ganhará a causa e deflagrar a necessidade de o cliente realizar seu pagamento. Todavia, o ato do advogado não é suficiente para o implemento da condição, o qual depende de fatores externos.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo em 2017¹⁰². Tratava-se de cláusula que previa a remuneração dos advogados em 25% dos proventos econômicos que adviessem da demanda. Diante da controvérsia a respeito da qualificação da disposição contratual, decidiu-se configurar condição simplesmente potestativa, pois também “dependente de terceiro”¹⁰³.

¹⁰⁰ Entendido como “uma forma de pagamento pela qual parcela do preço de determinado bem é remetida para o futuro, estando sujeita em sua existência e determinação ao cumprimento de metas empresariais e financeiras futuras e predefinidas” (MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de Cessão e Transferência de quotas. Acordo de Sócios. Pactuação de Parcela variável do Preço Contratual Denominada Earn Out. Características e Função (‘Causa Objetiva’) do Earn Out. Parecer. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 42, jul.-set./2014, p. 154).

¹⁰¹ PIVA, Luciano Zordan. *O Earn-Out na Compra e Venda de Participações Societárias*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador Professor Gerson Branco. Porto Alegre, 2018, p. 63-64.

¹⁰² TJSP. EDcl 1006374-24.2014.8.26.0002. 34ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Nestor Duarte. J. em 09.08.2017. De modo semelhante, já decidiu o TJSP caso em que o pagamento de honorários, qualificado como condição simplesmente potestativa, dependia da venda de um imóvel. A despeito de inexistir termo para que a venda fosse concretizada, entendeu-se não ser possível a cobrança até que fosse implementada a condição (TJSP. Ag 2231992-05.2016.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Gilberto Leme. J. em 29.05.2018).

¹⁰³ Em sentido contrário, o TJSP entendeu haver condição potestativa ilícita (e, portanto, vedada pelo artigo 122 do Código Civil) em acordo celebrado pelas partes contendo cláusula estabelecendo que os honorários sucumbenciais seriam compostos “oportunamente” pelas partes (TJSP. Ag Int 2216149-97.2016.8.26.0000. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Henrique Rodruigero Clavasio. J. em 10.01.2017; TJSP. Ag 2107636-06.2014.8.26.0000. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Henrique Rodruigero Clavasio. J. em 20.08.2014).

Este é o traço peculiar da condição potestativa: é lícito o influxo da vontade dos contratantes conjugado ao acaso. Por outro lado, não se permite que a formação do vínculo obrigacional dependa de ‘nova’ declaração de vontade de um dos contratantes¹⁰⁴, pois, nesse caso, não haverá negócio jurídico e, conseqüentemente, não haverá verdadeira condição. Como alerta Caio Mário da SILVA PEREIRA, nesse caso a parte “diz que se obriga, mas subordinando a *obligatio* à sua vontade, deixa de se obrigar, pois que nenhum *iuris vinculum* há em emissão volitiva, quando o declarante diz que está obrigado, mas que somente o estará se a sua vontade obrigacional vier neste sentido”¹⁰⁵.

Nem sempre, contudo, o que se refere como condição potestativa faz parte do gênero condição ou efetivamente é uma ‘condição’ potestativa ilícita. A definição de seu conceito demanda, portanto, estabelecer comparações com outras figuras corriqueiramente invocadas.

1.2. O QUE NÃO É ‘CONDIÇÃO POTESTATIVA’: PRECISÕES CONCEITUAIS

“Tenho como passível de dúvida que a hipótese configure condição, tal definida no artigo 114 do Código Civil”, consignou o Ministro Eduardo OLIVEIRA ao julgar o REsp 88.894/RS¹⁰⁶. Essa apreensão não é incomum. Relata Caio Mário da SILVA PEREIRA que “inúmeras vezes” analisou cláusulas contratuais que eram reputadas como condições potestativas – e que, na maioria dos casos, “trata[va]-se de convenção inocente, que somente por um desvio de perspectiva receb[ia] aquele rótulo condenatório”¹⁰⁷.

A linguagem pode fomentar esse “desvio de perspectiva”, trazendo especiais dificuldades ao regime da condição potestativa: não só são utilizados advérbios com significados semelhantes para diferenciar a condição potestativa ilícita daquela que é admitida pelo Ordenamento jurídico, mas também há diversos sentidos para a palavra ‘condição’.

¹⁰⁴ Vide, nesse sentido, a seção 2.2.1., *infra*.

¹⁰⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Parecer n. 26. In: *Obrigações e Contratos*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 301.

¹⁰⁶ STJ. REsp 88.994/RS. Terceira Turma. Relator Min. Eduardo Ribeiro. J. em 05.10.1999.

¹⁰⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Parecer n. 5. In: *Obrigações e Contratos*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62.

Nada obstante, como registrou PONTES DE MIRANDA, “o conceito de condição é preciso, estrito”, não havendo espaço para confundi-lo com os de outros institutos¹⁰⁸. Exige-se, pois, que a delimitação do conceito de ‘condição potestativa’ não se resuma à sua estrita definição, devendo englobar distinções de categorias jurídicas que frequentemente são confundidas.

De início, registre-se a impropriedade da invocação da condição potestativa em dois casos – um judicial; outro, arbitral.

O primeiro caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, envolvia contrato de *factoring*¹⁰⁹. A faturizada alegava haver a cobrança excessiva de encargos “abusivos” e, como fundamento jurídico à sua pretensão revisional, invocava o artigo 122 do Código Civil. O TJSP afastou a alegação, preservando o contrato.

No procedimento arbitral CAM-CCBC 15/2013/SEC3¹¹⁰, discutia-se o inadimplemento de contrato de construção. De um lado, a contratante pagara a totalidade do preço; de outro, a contratada construía edifício em desacordo com as normas municipais, o que impedia sua utilização. Diante disso, o tribunal arbitral condenou a contratada a reparar o edifício, além de indenizar os lucros cessantes sofridos pela contraparte até que o certificado de conclusão da obra fosse expedido pela autoridade competente.

A contratada ajuizou ação anulatória da sentença arbitral, sustentando que, ao vincular o termo final da indenização por lucros cessantes à expedição do habite-se, ato inerente à Administração Pública, os árbitros teriam *criado* condição potestativa pura, vedada pelo artigo 122 do Código Civil, o que ensejaria a nulidade da sentença arbitral¹¹¹. Percebe-se, portanto, que a parte desconsiderou que condição apenas deriva da vontade das partes; além disso, sequer potestatividade, pois a verificação da condição dependia

¹⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 540, 3, p. 167.

¹⁰⁹ TJSP. Ap. Civ. 0128603-78.2006.8.26.0100. 20ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Álvaro Torres Júnior. J. em 17.09.2012.

¹¹⁰ CAM-CCBC 15/2013/SEC3. Tribunal Arbitral composto por Adriana Braghetta, Maristela Basso e Frederico Straube. J. em 24.04.2015. Apesar da confidencialidade do procedimento, a sentença arbitral se tornou pública devido ao ajuizamento de ação anulatória no Tribunal de Justiça de São Paulo, julgada improcedente em 2015 (TJSP. Ap. Civ. 1046552-75.2015.8.26.0100. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Claudio Godoy. J. em 20.10.2015).

¹¹¹ Remete-se à nota de rodapé n. 74, em que se defende a inadmissibilidade de o exercício contratual criar condição potestativa.

apenas de terceiro: a autorização da Administração Pública representa clássico exemplo de condição causal¹¹².

Estes são sucintos exemplos de equívocos cometidos na aplicação do instituto da condição potestativa. A análise jurisprudencial realizada indica a necessidade de traçar duas principais distinções. Em primeiro lugar, cláusula contratual e condição são categorias distintas (1.2.1.). Em segundo lugar, não se pode confundir condição com direito potestativo (1.2.2.).

1.2.1. Cláusula contratual não é ‘condição’

Certas vezes, incorre-se no equívoco de considerar que a vedação às condições potestativas projetaria efeitos para contaminar a validade e a eficácia de cláusulas contratuais que, tecnicamente, não são ‘condições’, acenando ao artigo 122 do Código Civil como se cláusula geral fosse. Nesse sentido, chega-se a afirmar que “no CC, há como exemplos de condições potestativas admitidas as previstas nos arts. 420, 505, 509, 513, entre outras”¹¹³, ou, ainda, que “no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, em vários incisos, encontram-se exemplos de *condições ilícitas*”¹¹⁴.

Ora, há-se de traçar uma rigorosa distinção entre cláusula abusiva e condição potestativa. A abusividade¹¹⁵ de cláusulas contratuais é tratada pelo artigo 424 do Código Civil e pelo artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹² BEVIÁ, Vicente Gimeno. *Las Condiciones en el Contrato de Compraventa de Empresa*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 196. Ressalve-se que, certas vezes, a autorização da Administração Pública configura *condicio iuris*.

¹¹³ LOPES DE OLIVEIRA, José Maria Leoni. *Direito Civil*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 578.

¹¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 420. Destaque não-original. No mesmo sentido: LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 290: “O CDC considera nulas as cláusulas abusivas, ou seja, as que estabelecem vantagens excessivas para o fornecedor em prejuízo do consumidor, tais como cláusulas que configuram modalidades de condições potestativas”.

¹¹⁵ Deve-se atentar à distinção entre ‘abusividade’ e ‘abuso’: este diz respeito ao exercício jurídico, enquanto aquela se relaciona ao conteúdo contratual. Assim está em MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. Critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, § 69, 1, p. 637. No mesmo sentido: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 6, abr.-jun./1993, p. 31; SOUSA RIBEIRO, Joaquim. O Controle do Conteúdo do Contrato. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 42, 2005, p. 13.

O Código Civil prevê a nulidade de *cláusulas* que “estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”¹¹⁶, em se tratando de contratos formados por adesão. Na pesquisa jurisprudencial realizada¹¹⁷, não foram encontrados casos relacionando a aplicação do regime da condição potestativa ao art. 424 do Código Civil. Há, contudo, cinco decisões¹¹⁸ que consideraram inaplicável o Código de Defesa do Consumidor e que abordaram a abusividade de cláusulas contratuais relacionada ao instituto da condição.

Todos os casos envolviam a comissão de permanência, qualificando-a como “evidente cláusula potestativa, expressamente proibida”¹¹⁹. Ao reputar nula a cláusula que previa a cobrança da referida taxa bancária, o TJSP se contrapôs à Súmula 294 do STJ¹²⁰, que qualifica a disposição contratual como “condição simplesmente potestativa”¹²¹.

Ambos os posicionamentos parecem estar equivocados, na medida em que a comissão de permanência é uma taxa bancária, cuja cobrança foi autorizada pelo Banco Central através da Resolução 1.129¹²². Não há qualquer elemento a aproximá-la da condição, em sentido técnico.

No âmbito do Direito do consumidor, o art. 51 do CDC exemplifica em seus quinze incisos hipóteses de ‘cláusulas abusivas’. A que mais importa para esta análise é a do inciso IV, apesar de sua redação “prolixa e tautológica”¹²³. Neste dispositivo, prevê-se o seguinte:

¹¹⁶ Código Civil, art. 424.

¹¹⁷ Conforme descrito na nota de rodapé n. 23, *supra*.

¹¹⁸ TJSP. Ap. Cív. 0021678-14.1999.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Vasconcellos Boselli. J. em 16.09.2004; TJSP. Ap. Cív. 9095591-70.1999.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Melo Colombi. J. em 13.11.2003; TJSP. Ap. Cív. 9116206-81.1999.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Vasconcellos Boselli. J. em 24.06.2004; TJSP. Ap. Cív. 9043282-09.1998.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Renato Gomes Corrêa. 23.02.2005; TJSP. EDcl 0044636-52.2003.8.26.0000. 6ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Candido Alem. J. em 17.02.2004.

¹¹⁹ TJSP. Ap. Cív. 0021678-14.1999.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Vasconcellos Boselli. J. em 16.09.2004.

¹²⁰ Súmula 294/STJ, publicada pela Segunda Seção em 12.05.2004, *in verbis*: “não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”.

¹²¹ CARNACCHIONI, Daniel. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 575.

¹²² Resolução 1.129 do Banco Central do Brasil, datada de 15.05.1986. A Resolução 4.458, datada de 23.02.2017, revogou a possibilidade de cobrança da comissão de permanência.

¹²³ A crítica consta de MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, § 69, 3, p. 639.

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

A esse respeito, parcela da doutrina afirma que o Código de Defesa do Consumidor contém um “sistema próprio de nulidades”¹²⁴. Todavia, não há falar em “sistema próprio”, pois, como alerta o Ministro Ruy Rosado de AGUIAR JR., a ‘nulidade’ prevista pelo Código de Defesa do Consumidor é a mesma do Código Civil, não se podendo criar um “novo sistema sobre nulidades cada vez que o legislador se defrontar com a necessidade de regulamentar um segmento das relações sociais”¹²⁵.

Ainda que o *caput* do artigo 51 refira-se à “nulidade de pleno direito”, há discussão a respeito da tecnicidade da expressão¹²⁶. Segundo a Professora Véra FRADERA, tratar-se-ia de hipóteses de ineficácia, pois a cláusula abusiva não desrespeitaria os requisitos de validade, mas refletiria declaração de vontade cujos efeitos são obstaculizados pelo Ordenamento jurídico. Por isso, conclui que “a sanção de ineficácia atinge, à perfeição, os objetivos pretendidos pelo legislador”¹²⁷.

Independentemente da natureza dessa sanção, fato é que cláusulas abusivas não são admitidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Essas considerações já são suficientes para demonstrar a completa separação entre o vício causado pela abusividade de determinada cláusula contratual constante de contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor e a disciplina da condição: enquanto nesta há subordinação dos efeitos de

¹²⁴ Por exemplo, NERY JR., Nelson. Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 559.

¹²⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: LIMA MARQUES, Cláudia (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 27. O autor critica o emprego da expressão “nulidade de pleno direito” no *caput* do art. 51 do CDC, embora concorde tratar-se de hipótese de nulidade.

¹²⁶ E.g., Anelise Becker registra a incompatibilidade da expressão “nulidade de pleno direito” (a denotar a possibilidade de pronunciamento judicial de ofício) com os conceitos jurídicos indeterminados dispostos no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abr.-jun./1997, p. 127-128).

¹²⁷ FRADERA, Véra. Ineficácia das Cláusulas Abusivas no Sistema Brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Uma abordagem clássica. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 43, jul.-set./2002, p. 324.

um negócio jurídico, naquela há a estipulação de cláusula cujos efeitos são inadmitidos pelo Ordenamento jurídico.

Nada obstante, há aplicação indistinta dos conceitos na jurisprudência. Na pesquisa realizada, foram localizados vinte e nove acórdãos que, malgrado tratassem de abusividade contratual, aplicaram o regime da ‘condição’ potestativa ilícita¹²⁸. Esses casos podem ser divididos em quatro grupos, conforme a temática de fundo: (i) contratos de construção; (ii) contratos bancários; (iii) cobertura limitada de seguro saúde; e (iv) despesas condominiais.

Os três casos envolvendo contratos de construção tinham como pano de fundo a interpretação de cláusula de prorrogação do termo final para a finalização da construção de um imóvel¹²⁹. O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou incidentes os artigos 6º do CDC e 122 do Código Civil, na medida em que a cláusula atentava “contra o dever de clareza” e ofendia “a proibição de potestatividade”, representando “verdadeiro cheque

¹²⁸ Apesar de a amostra contemplar 41 acórdãos, o resultado da pesquisa no sítio eletrônico do TJSP apresentou quatro acórdãos repetidos, de modo que a amostra total foi reduzida para 38 casos. Além disso, verificou-se que 18 casos não referiam o instituto da condição (TJSP. Ap. Cív. 913668328.1999.8.26.000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Rizzatto Nunes. J. em 16.03.2005; TJSP. Ap. Cív. 9118132-97.1999.8.26.0000. 7ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Onofre Barreto de Moura. J. em 02.03.2004; TJSP. Ag 0015710-03.1999.8.26.0000. 5ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Carlos Luiz Bianco. J. em 05.05.1999; TJSP. Ag 0015710-03.1999.8.26.0000. 5ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Carlos Luiz Bianco. J. em 19.02.2003; TJSP. Ap. Cív. 9071507-05.1999.8.26.0000. 1ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Correia Lima. J. em 22.04.2002; TJSP. EDcl 0039468-11.1999.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. José Marcos Marrone. J. em 27.04.2005; TJSP. Ap. Cív. 9167723-86.2003.8.26.0000. 17ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Antônio Marcelo Cunzolo Rimola. J. em 27.10.2005; TJSP. Ap. Cív. 9094639-28.1998.8.26.0000. Relator Des. Campos Mello. J. em 20.11.2001; TJSP. EDcl 0055009-21.1998.8.26.0000. 1ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Correia Lima. J. em 11.06.2001; TJSP. Ap. Cív. 0008782-02.2000.8.26.0000. 2ª Câmara de Férias de Julho de 2000. Relator Des. João Alberto Tedesco. J. em 19.07.2000; TJSP. Ap. Cív. 9180008-82.2001.8.26.0000. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Paulo Hatanaka. J. em 13.12.2005; TJSP. Ap. Cív. 9150598-42.2002.8.26.0000. 3ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira. J. em 13.08.2002; TJSP. Ap. Cív. 9074608-79.2001.8.26.0000. 7ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Onofre Barreto de Moura. J. em 26.02.2002; TJSP. Ag 0027387-25.2002.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Antonio Marson. J. em 19.09.2002; TJSP. Ap. Cív. 9149192-83.2002.8.26.0000. 13ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Heraldo de Oliveira. J. em 27.06.2007; TJSP. Ap. Cív. 9199982-32.2006.8.26.0000. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Paulo Hatanaka. J. em 09.05.2006; TJSP. Ap. Cív. 9072291-35.2006.8.26.0000. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Paulo Hatanaka. J. em 07.11.2006; TJSP. Ap. Cív. 9121794-30.2003.8.26.0000. 10ª Câmara de Férias de Janeiro de 2004. Relator Des. Simões de Vergueiro. J. em 10.02.2004). Por fim, pontue-se que cinco acórdãos que não trataram de casos envolvendo Direito do consumidor, conforme descrito na nota de rodapé n. 118, *supra*.

¹²⁹ TJSP. Ap. Cív. 1009059-41.2015.8.26.0625. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Luiz Antonio Costa. J. em 12.01.2017; TJSP. Ap. Cív. 1010928-89.2015.8.26.0576. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Luiz Antonio Costa. J. em 05.08.2016; TJSP. Ap. Cív. 1006365-31.2015.8.26.0292. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Luiz Antonio Costa. J. em 02.06.2016.

em branco para o fornecedor adiar unilateralmente o prazo de cumprimento da proibição”¹³⁰.

Todavia, não é correto vincular à disciplina da condição potestativa o reconhecimento da abusividade de cláusula contratual que possibilitasse a prorrogação do termo final para a entrega da obra. Nestes casos, a aplicação do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor bastaria, uma vez que a referida disposição não se configurava como condição, nem impedia a formação do vínculo negocial.

Em relação aos contratos bancários, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu casos envolvendo comissão de permanência¹³¹; definição unilateral do índice de reajuste do preço¹³²; o saldo devedor em financiamento¹³³; bem como a possibilidade de compensação da dívida com créditos da conta corrente¹³⁴.

Em especial, no caso relativo ao saldo devedor em financiamento¹³⁵, havia disposição contratual prevendo que, se atingido o termo final do contrato e pagas todas as prestações, ainda houvesse “saldo devedor”, este deveria ser pago em parcela única. O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou tratar-se de “cláusula” puramente

¹³⁰ As expressões entre aspas constam dos três acórdãos referidos na nota de rodapé n. 129, *supra*.

¹³¹ Trata-se do tema mais frequente nos julgados envolvendo contratos bancários: TJSP. Ap. Cív. 0068445-71.2003.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Vasconcellos Boselli. J. em 26.08.2004; TJSP. Ap. Cív. 9061102-70.2000.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Tatiana Teixeira de Oliveira. J. em 03.05.2005; TJSP. Ap. Cív. 9065115-59.1993.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Luiz Sabatto. 22.03.1995; TJSP. Ap. Cív. 9167551-86.1999.8.26.0000. 8ª Câmara de Férias de Julho de 2000. Relator Des. Franklin Nogueira. J. em 16.08.2000; TJSP. EI 9137372-09.1998.8.26.0000. 8ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Rubens Cury. J. em 10.05.2000; TJSP. Ap. Cív. 9083976-05.2007.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 26.09.2008; TJSP. Ap. Cív. 9082208-44.2007.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 26.09.2008; TJSP. Ap. Cív. 9167653-93.2008.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 26.09.2008; TJSP. Ap. Cív. 9073553-64.1999.8.26.0000. 10ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. José Luiz Germano. J. em 15.02.2005; TJSP. Ap. Cív. 9294007-66.2008.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 22.08.2008; TJSP. Ap. Cív. 9232717-50.2008.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 22.08.2008.

¹³² TJSP. Ap. Cív. 9107843-27.2007.8.26.0000. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Marcos Marrone. J. em 08.08.2012. Por outro lado, o mesmo TJSP já considerou que atrelar o reajuste de preço às “normas expedidas pela Caixa Econômica Federal” (TJSP. Ap. Cív. 9078995-93.2008.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Público. Relator Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza. J. em 18.02.2013) ou “de acordo com a maior taxa permitida pelo Banco Central”, não configura condição potestativa (TJSP. EI 9078344-52.1994.8.26.0000. 8ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Franklin Nogueira. J. em 22.04.1998).

¹³³ TJSP. Ap. Cív. 9139564-26.2009.8.26.0000. 37ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Roberto Mac Cracken. J. em 16.09.2010; TJSP. Ap. Cív. 9176411-95.2007.8.26.0000. 20ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Ramon Mateo Júnior. J. em 25.02.2008; TJSP. Ap. Cív. 9053271-58.2006.8.26.0000. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Marcos Marrone. J. em 15.09.2010.

¹³⁴ TJSP. Ag 0091517-87.2003.8.26.0000. 10ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Enio Zuliani. J. em 02.03.2004.

¹³⁵ A referência ao julgado consta da nota de rodapé n. 133, *supra*. Todos os trechos entre aspas referidos ao longo deste parágrafo constam do inteiro teor do acórdão.

potestativa, pois deixava ao “puro e livre arbítrio do Banco apelado o poder de determinar os seus efeitos”, incluindo “valores inócuos e incongruentes” que “desvirtua[riam] o negócio jurídico outrora celebrado”.

Também há casos envolvendo limitações à cobertura de seguro e plano de saúde. O TJSP já decidiu haver condições potestativas nas seguintes situações: cláusula excludente da cobertura de procedimentos solicitados por médico não credenciado¹³⁶; cláusula excludente da cobertura de determinado procedimento cirúrgico¹³⁷, ou limitadora do número de sessões de tratamento¹³⁸; bem como a recusa de cobertura do seguro-saúde, pelo fato de o estabelecimento médico ter sido descredenciado após a contratação do plano¹³⁹.

Essas decisões encontraram no artigo 122 do Código Civil a proteção que os julgadores pretendiam conferir aos consumidores. Em nenhum desses casos havia condição em sentido técnico, ou disposições que obstassem a formação do vínculo obrigacional, razão pela qual seria completamente descabido fundamentar a decisão nessa regra. Há, nitidamente, confusão entre a vedação às condições potestativas e o artigo 51 do CDC (este, sim, aplicável a *cláusulas* contratuais abusivas).

Quanto ao último grupo de casos, relativos a despesas condominiais, a disposição contratual sob análise do Tribunal de Justiça previa que a construtora deveria recolher apenas 30% da taxa de condomínio até que as unidades imobiliárias fossem vendidas¹⁴⁰. Desse modo, os proprietários das outras unidades arcariam com a parcela restante até que realizada a venda do imóvel pela construtora¹⁴¹.

¹³⁶ TJSP. Ap. Cív. 9104991-69.2003.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Privado. Relatora Des. Ana Liarte. J. em 07.12.2006.

¹³⁷ TJSP. Ap. Cív. 9174786-31.2004.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Marcus Andrade. J. em 11.10.2006; TJSP. Ap. Cív. 9042665-83.1997.8.26.0000. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Ricardo Teixeira Brancato. J. em 07.04.1999.

¹³⁸ TJSP. Ap. Cív. 0018117-35.2006.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Claudio Lima Bueno de Camargo. J. em 18.07.2008.

¹³⁹ TJSP. Ap. Cív. 0009132-50.2011.8.26.0114. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Cesar Ciampolini. J. em 27.08.2013.

¹⁴⁰ TJSP. Ap. Cív. 1004240-74.2015.8.26.0071. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Hugo Crepaldi. J. em 17.11.2016; e TJSP. Ap. Cív. 0035951-69.2011.8.26.0196. 30ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Andrade Neto. J. em 17.06.2015.

¹⁴¹ Como relatado em um dos acórdãos, a cláusula qualificada como condição potestativa tinha a seguinte redação: “As unidades autônomas não comercializadas ou que estejam na posse da construtora somente pagarão o valor equivalente a 30% da taxa condominial estabelecida para cada uma, entendendo-se para este fim, como taxa condominial, a proporcionalidade relativa a cada apartamento por despesas ordinárias feitas ou a fazer pelo condomínio” (cf. TJSP. Ap. Cív. 0035951-69.2011.8.26.0196. 30ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Andrade Neto. J. em 17.06.2015).

O TJSP entendeu configurar condição potestativa, pois sujeita ao arbítrio da construtora “de quando e como comercializar as unidades”¹⁴². A cláusula teria sido redigida “de modo arbitrário e em seu exclusivo proveito”, evidenciando sua abusividade¹⁴³. Nestes casos envolvendo a taxa de condomínio, também não havia qualquer condição, em sentido técnico. Repise-se: não se pode atrelar *cláusula abusiva a condição potestativa*, com a finalidade de obstar a produção de efeitos da disposição contratual.

O Superior Tribunal de Justiça também já se equivocou na aplicação do instituto da condição potestativa. No *caso da fiança eterna*¹⁴⁴⁻¹⁴⁵, decidia-se a respeito dos efeitos de fiança apresentada em contrato de locação. Haviam estipulado as partes que os fiadores se obrigariam ao cumprimento do contrato, sem possibilidade de exoneração, “não somente até o final de seu prazo, mas até a liquidação integral de todo e qualquer débito e efetiva restituição das chaves”¹⁴⁶. Decidiu o STJ que a impossibilidade de exoneração dos fiadores representava condição potestativa conferida ao locador e à locatária “para dar continuidade a uma obrigação não desejada”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidira caso semelhante em 2001, afirmando que a cláusula “assumiu o caráter de condição puramente potestativa, sujeitando-o ao arbítrio do locador-garantido”¹⁴⁷. Por isso, reputou a cláusula como não escrita, exonerando o fiador da garantia.

Em ambos os casos, poder-se-ia ter retirado a eficácia da cláusula contratual se considerasse como insuscetível de disposição a regra do artigo 835 do Código Civil¹⁴⁸. O que não se poderia fazer é invocar instituto jurídico em nada semelhante ao caso em discussão.

¹⁴² TJSP. Ap. Cív. 1004240-74.2015.8.26.0071. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Hugo Crepaldi. J. em 17.11.2016.

¹⁴³ TJSP. Ap. Cív. 0035951-69.2011.8.26.0196. 30ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Andrade Neto. J. em 17.06.2015.

¹⁴⁴ STJ. REsp 1.426.857/RJ. Quinta Turma. Relatora Min. Regina Helena Costa. J. em 13.05.2014.

¹⁴⁵ Com a finalidade de melhor identificar os casos citados, atribuiu-se uma nomenclatura aos julgados mais relevantes citados ao longo deste trabalho.

¹⁴⁶ O texto se refere a parte da cláusula 16.1 do Contrato, tal qual transcrita no acórdão do STJ.

¹⁴⁷ TJSP. Ap. Cív. 0012203-97.2000.8.26.0000. 10ª Câmara Cível. Relator Des. Rosa Maria de Andrade Nery. J. em 07.11.2001, adotando também como fundamento o fato de que “o conteúdo moral das avenças tem tanta importância para o Direito quanto todas as implicações de ordem econômica que elas encerram”.

¹⁴⁸ *In verbis*: “Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”.

Já no *caso dos juros pós-fixados*¹⁴⁹, o Superior Tribunal de Justiça declarou a validade de cláusula contratual que previa a cobrança de juros conforme taxas pós-fixadas. O fundamento para a decisão, no entanto, foi a inexistência de potestatividade, uma vez que a ‘condição’ não sujeitaria uma das partes ao arbítrio da outra. Apesar de concordar-se com o *decisum*, não andou bem o Tribunal ao fundamentar sua decisão na ausência de potestatividade, pois, a rigor, sequer se tratava de condição, nem se obstava a formação do vínculo contratual.

Equívoco semelhante consta do *caso do plano de recuperação judicial benéfico*, no qual o STJ manteve decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que declarara ineficaz perante os autores determinada cláusula de um plano de recuperação judicial¹⁵⁰. Essa disposição contratual possibilitava à empresa recuperanda “revisar os contratos, modificando seus valores, ampliando ou reduzindo sua vigência”, além de possibilitar a extinção de contratos “sem incidência de eventuais penalidades”¹⁵¹. A cláusula foi declarada ineficaz pelo TJSP com fundamento no artigo 122 do Código Civil. O Superior Tribunal de Justiça manteve o *decisum*, considerando que a vontade dos credores deve se limitar aos contornos permitidos pela lei.

De todos os acórdãos analisados do Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas em um atentou-se tecnicamente à distinção entre *condição* e *cláusula*. Nesta oportunidade, o TJSP reiterou os termos da sentença de primeiro grau, afirmando que “a norma do art. 122 do CC não tem nenhuma pertinência com o caso, pois condição não é sinônimo de cláusula”¹⁵².

Com acerto, o Superior Tribunal de Justiça também já afirmou que somente pode haver condição potestativa se as partes tiverem pactuado condição.

Nesse sentido, decidiu-se em 2011 o *caso do apartamento do casal divorciado*¹⁵³. Os ex-cônjuges haviam pactuado que caberia ao ex-marido arcar com o pagamento da diferença entre o preço do imóvel residencial do casal e o preço do apartamento a ser adquirido pela ex-esposa em substituição. Quando esta exerceu sua pretensão ao

¹⁴⁹ STJ. REsp 87.762/AL. Terceira Turma. Relator Min. Costa Leite. J. em 14.05.1996.

¹⁵⁰ STJ. REsp 1.314.209/SP. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. J. em 22.05.2012.

¹⁵¹ Os trechos entre aspas constam do acórdão de segundo grau (TJSP. Ag 0304999-74.2010.8.26.0000. 8ª Câmara Cível. Relator Des. Elliot Akel. J. em 23.11.2010).

¹⁵² TJSP. Ap. Cív. 4026231-52.2013.8.26.0224. 12ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Tasso Duarte de Melo. J. em 10.02.2016.

¹⁵³ STJ. REsp 970.143/SC. Quarta Turma. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. J. em 15.02.2011.

cumprimento da obrigação, o ex-marido sustentou a tese de que a cláusula era nula, por representar condição puramente potestativa, tendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina acolhido sua posição.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, reformou o acórdão, por entender não haver qualquer evento futuro e incerto a condicionar a prestação do ex-marido. Haveria, segundo a Ministra Isabel Gallotti, obrigação pecuniária ilíquida, cujo objeto dependeria de prévia apuração, a qual dependia da escolha do imóvel. Por fim, consignou a Ministra: “a incerteza quanto ao objeto da obrigação não traduz arbítrio de uma das partes”¹⁵⁴.

Em 2014, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o *caso da apólice não emitida*, em que se discutia a respeito da necessidade de emissão da apólice para que se considerasse celebrado o contrato de seguro¹⁵⁵. No caso, treze dias após a contratação do seguro, quando ainda não havia sido emitida a apólice, o veículo segurado foi roubado. A seguradora negou a emissão da apólice, afirmando tratar-se de sinistro preexistente. O STJ não só decidiu que a apólice não faz parte dos elementos de existência do contrato de seguro, como também consignou expressamente que entendimento contrário violaria o artigo 122 do Código Civil, uma vez que a formação do vínculo contratual restaria dependente exclusivamente do arbítrio da seguradora.

A análise jurisprudencial permite verificar que a condição potestativa é frequentemente tratada de modo atécnico no Direito brasileiro. Ainda que vulgarmente o vocábulo ‘condição’ possa configurar sinônimo de ‘cláusula’, certo é que a abusividade de determinada disposição contratual não atrai o regramento relativo ao instituto da condição: para sua incidência, é necessário terem as partes pactuado a subordinação da duração dos efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Ademais, não se pode considerar o artigo 122 do Código Civil como cláusula geral de proibição à potestatividade. Trata-se de regra pontual, com o propósito específico de sancionar a celebração de negócios jurídicos que, em verdade, inexistem no mundo jurídico¹⁵⁶.

¹⁵⁴ STJ. REsp 970.143/SC. Quarta Turma. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. J. em 15.02.2011.

¹⁵⁵ STJ. REsp 1.306.367/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. J. em 20.03.2014.

¹⁵⁶ Veja-se a seção 2.2.1., *infra*.

1.2.2. Direito potestativo não é ‘condição’

Outra categoria jurídica que corriqueiramente é confundida com a condição é a dos direitos potestativos (também denominados ‘direitos de poder jurídico’¹⁵⁷). Neste caso, a coexistência da partícula ‘potestativo’ pode denotar semelhança inexistente do instituto com a condição potestativa.

Não há qualquer semelhança funcional entre o direito potestativo e a condição potestativa. A condição versa sobre direito expectativo: aposta uma condição a certo negócio jurídico, os seus efeitos estão subordinados a acontecimento futuro e incerto¹⁵⁸. O direito expectativo previsto na condição pode se transformar – quando do seu implemento – em direito expectado¹⁵⁹.

Os direitos potestativos, por outro lado, são aqueles que consubstanciam o poder de influir na esfera jurídica de outrem, o qual “nada *deve fazer*, mas nem por isso *pode* esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção”¹⁶⁰. Na classificação proposta por Giuseppe CHIOVENDA¹⁶¹, os direitos potestativos se contraporiam aos direitos a prestação, os quais teriam como traço definidor atribuir obrigação a uma pessoa de realizar determinada prestação¹⁶².

Em outras palavras, pode-se dizer que os direitos potestativos “atribuem ao seu titular o poder de intervir eficazmente na esfera jurídica de outrem, pelo exercício de sua

¹⁵⁷ Esta é a denominação proposta por Ernst Zitelman, como relata Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 566, 2, p. 297).

¹⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 516, 1, p. 96.

¹⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 541, 10, p. 181.

¹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 2ª ed. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 15. Destaque não-original.

¹⁶¹ A classificação é seguida, *e.g.*, por AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir prescrição e decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*, vol. 14, 1960, p. 306.

¹⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 2ª ed. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 11.

declaração unilateral de vontade”¹⁶³. Dessa forma, ao direito potestativo corresponde o estado de sujeição¹⁶⁴.

A categoria dos direitos potestativos engloba várias espécies, dentre as quais se inclui o direito formativo. Este, por sua vez, se classifica em gerador, modificativo ou extintivo¹⁶⁵. Isto é: a criação, modificação ou extinção da relação jurídica depende exclusivamente de ato unilateral do titular do direito formativo¹⁶⁶.

A qualificação como direito potestativo tem como pressuposto a eficácia do negócio jurídico, enquanto na condição estes ficam subordinados até seu implemento. Pode-se, portanto, distinguir as espécies a partir dos seus efeitos: o exercício de direito potestativo (*rectius*: formativo gerador, modificador ou extintivo) irá gerar nova relação obrigacional, modificá-la ou extingui-la. Já o implemento de condição potestativa tem por consequência a atribuição dos efeitos que estavam suspensos durante o período de pendência da condição.

O negócio jurídico de opção auxilia a perceber a distinção entre as categorias. Conforme PONTES DE MIRANDA, o efeito que resulta da declaração (o “exercício” da opção¹⁶⁷) não é efeito *do contrato*, mas sim *do exercício do direito* nele previsto¹⁶⁸. Por outro lado, na condição, o direito já existe (“pré-existe”), embora não seja ainda eficaz.

Além disso, a partícula ‘potestativo’ exerce funções distintas nas duas figuras. O direito potestativo consubstancia um poder jurídico, enquanto a condição potestativa

¹⁶³ HAICAL, Gustavo. Apontamentos sobre o Direito Formativo Extintivo de Denúncia no Contrato de Agência. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 299-300.

¹⁶⁴ LOMBARDO, Stefano. Clausola di opzione. In: CONFORTINI, Massimo (Coord.). *Clausole Negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*. Torino: UTET, 2017, p. 544.

¹⁶⁵ VON TUHR, Andreas. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. espanhola de Wenceslao Roces. Granada: Comares, 2006, p. 19.

¹⁶⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Atos Jurídicos de Direito Administrativo Praticados por Particulares e Direitos Formativos. In: COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 137.

¹⁶⁷ IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de Compra ou Venda de Ações*. Natureza Jurídica e Tutela Executiva Judicial. São Paulo: Almedina, 2018, p. 233; TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual. In: *Soluções Práticas de Direito: Pareceres*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 153.

¹⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 541, 10, p. 181.

representa um poder fático. PONTES DE MIRANDA explicita a distinção: enquanto o poder fático corresponde ao arbítrio, o poder jurídico é efeito jurídico¹⁶⁹.

Todavia, a análise jurisprudencial realizada aponta a aplicação indistinta dos institutos. O principal aspecto correlato à análise de condições potestativas em julgamentos do Supremo Tribunal Federal é o direito de renovação contratual¹⁷⁰. Dos dezenove casos decididos pelo STF¹⁷¹, onze envolviam este tema¹⁷²⁻¹⁷³. Essas decisões podem ser divididas em três grupos: (i) as que reconheceram tratar-se de ‘condição’ ilícita; (ii) as que classificaram a cláusula como ‘condição’ meramente potestativa; e, por fim (iii) as que entenderam não se tratar de ‘condição’.

No primeiro grupo, classifica-se apenas um acórdão¹⁷⁴. Naquele caso, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em 1963, Ruby de Barros era locatário de imóvel pertencente a José Francisco Trocado. A cláusula 1ª do contrato de locação previa a possibilidade de o locatário notificar sua intenção de manter-se no imóvel por período adicional de quatro anos, solicitando ao locador, no mesmo ato, que designasse local, data e hora para a celebração do novo contrato. Entendeu o STF que tornar a prorrogação dos

¹⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 537, 3 e 4, p. 156-157.

¹⁷⁰ Esclareça-se adotar-se a classificação do direito de renovação contratual como direito formativo gerador, assim como PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, § 4.504, 2, p. 49.

¹⁷¹ Na pesquisa eletrônica de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foram utilizados os seguintes filtros de pesquisa: “condição potestativa”; “condição puramente potestativa”; “condição simplesmente potestativa”; “condição” e “potestativa”, resultando em 19 casos, julgados entre 1950 e 2003. O caso julgado em 2003 referia-se à aquisição de nacionalidade (STF. QO em AC 70-0/RS. Tribunal Pleno. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. em 25.09.2003), tendo sido, portanto, excluído da análise.

¹⁷² Trata-se dos seguintes julgados: STF. RE 21.662/RS. Segunda Turma. Relator Min. Lafayette de Andrada. J. em 14.11.1952; STF. RE 24.991/SP. Segunda Turma. Relator Min. Orozimbo Nonato. J. em 08.06.1954; STF. RE 25.720/SP. Primeira Turma. Relator Min. Ribeiro da Costa. J. em 28.06.1954; STF. RE 24.407/DF. Segunda Turma. Relator Min. Afrânio Costa. J. em 27.07.1954; STF. RE 25.899/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Hahnemann Guimarães. J. em 05.04.1955; STF. RE 36.063/SP. Primeira Turma. Relator Min. Ary Franco. J. em 21.11.1957; STF. AI 26.970/SP. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Gallotti. J. em 06.09.1962; STF. RE 54.016/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Ribeiro da Costa. J. em 23.08.1963; STF. RE 53.049/MG. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Gallotti. J. em 20.10.1964; STF. AI 32.509/SP. Segunda Turma. Relator Min. Pedro Chaves. J. em 31.05.1966; STF. RE 58.569/RJ. Terceira Turma. Relator Min. Hermes Lima. J. em 17.03.1967.

¹⁷³ Registre-se que o acórdão STF. RE 36.063/SP. Primeira Turma. Relator Min. Ary Franco. J. em 21.11.1957 foi posteriormente excluído da análise, pois a fundamentação sucinta impediu sua classificação em um dos três grupos referidos. O acórdão STF. RE 21.662/RS. Segunda Turma. Relator Min. Lafayette de Andrada. J. em 14.11.1952 também deixou de ser considerado, na medida em que a decisão do STF foi pelo não conhecimento do recurso.

¹⁷⁴ STF. RE 54.016/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Ribeiro da Costa. J. em 23.08.1963.

efeitos do contrato dependente do arbítrio do locatário significaria transferir-lhe “os atributos do direito de propriedade”.

O segundo grupo de casos é o mais numeroso¹⁷⁵. Nessas decisões, o Supremo Tribunal Federal considerou o direito de renovação contratual como ‘condição’, mas decidiu pela sua licitude em razão da distinção entre condição ‘puramente’ e ‘meramente’ potestativa. Dois casos são ilustrativos da fundamentação apresentada pelo STF em relação a este grupo.

O primeiro deles¹⁷⁶ envolvia o contrato de locação celebrado por João Pedro Verdier e Resana S.A. – Indústrias Químicas, no qual estava presente disposição contratual permitindo a renovação do contrato por igual período, a critério da locatária. O locador interpôs recurso extraordinário, aduzindo que o julgamento de segunda instância teria violado o artigo 115 do Código Civil de 1916 ao reconhecer a validade da referida cláusula.

O Supremo Tribunal Federal traçou a distinção entre as condições puramente potestativas e as simplesmente potestativas. Ademais, decidiu que apenas é ilícita a condição que faz depender da vontade de uma das partes “a própria formação do vínculo contratual, e não simplesmente sua prorrogação”. A possibilidade de prorrogação não afetaria a validade do contrato até então executado, e seu exercício “surge então como ato sem repercussão na eficácia do contrato”.

O segundo caso a merecer destaque¹⁷⁷ teve o seguinte substrato fático: Bem Arroz Ltda. era locatária de imóvel de propriedade de Maria Izabel Morales a prazo determinado. Uma cláusula do contrato previa que o imóvel não poderia ser objeto de sublocação, empréstimo ou cessão, no todo ou em parte, sem consentimento manifestado por escrito pela proprietária. No caso de ser conferido o assentimento, Bem Arroz se comprometia a desocupar o imóvel no período previsto contratualmente.

¹⁷⁵ STF. AI 26.970/SP. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Gallotti. J. em 06.09.1962; STF. RE 24.991/SP. Segunda Turma. Relator Min. Oroszimbo Nonato. J. em 08.06.1954; STF. AI 32.509/SP. Segunda Turma. Relator Min. Pedro Chaves. J. em 31.05.1966; STF. RE 53.049/MG. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Gallotti. J. em 20.10.1964; e STF. RE 25.899/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Hahemann Guimarães. J. em 05.04.1955.

¹⁷⁶ STF. RE 24.991/SP. Segunda Turma. Relator Min. Oroszimbo Nonato. J. em 08.06.1954.

¹⁷⁷ STF. AI 32.509/SP. Segunda Turma. Relator Min. Pedro Chaves. J. em 31.05.1966.

A irresignação da locatária fundamentou-se na possibilidade de a proprietária arbitrariamente negar a possibilidade de sublocação, empréstimo ou cessão. Todavia, o STF decidiu que, “em se tratando de recusa motivada, permite a jurisprudência o exame do motivo e a considera inexistente se injusto for o motivo”. Concluiu o Supremo Tribunal Federal que não havia potestatividade no negócio jurídico¹⁷⁸.

Por fim, o terceiro grupo de casos localizados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contém apenas três decisões¹⁷⁹. No caso mais representativo deste grupo, discutia-se a relação locatícia estabelecida entre Benedito Campos e Branco Borges & Cia. O contrato permitia à locatária deliberar, a seu arbítrio, pela renovação da relação contratual.

Em segundo grau, o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a licitude da disposição contratual, afirmando tratar-se “antes de verdadeira condição, de direito de opção”. O locador manejou recurso extraordinário, afirmando que a decisão havia violado o art. 115 do Código Civil de 1916. Contudo, o entendimento foi mantido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual considerou que “a opção fez nascer; operou, de pleno direito, a prorrogação do contrato de locação”.

Da análise dos casos, permite-se constatar ser comum a utilização indistinta dos conceitos de ‘condição potestativa’ e ‘direito potestativo’¹⁸⁰. Todavia, a distinção deve ser traçada com cuidado. Afinal, como conclui PONTES DE MIRANDA, “se o direito de denúncia fosse condição potestativa, não haveria contratos denunciáveis; nem prorrogáveis por direito formativo gerador”¹⁸¹.

Essas noções são essenciais para a correta definição do conceito de ‘condição potestativa’, a qual não pode ser confundida com figuras como a cláusula contratual ou o direito potestativo.

¹⁷⁸ STF. AI 32.509/SP. Segunda Turma. Relator Min. Pedro Chaves. J. em 31.05.1966.

¹⁷⁹ STF. RE 25.720/SP. Primeira Turma. Relator Min. Ribeiro da Costa. J. em 28.06.1954; STF. RE 58.569/RJ. Terceira Turma. Relator Min. Hermes Lima. J. em 17.03.1967; e STF. RE 24.407/DF. Segunda Turma. Relator Min. Afrânio Costa. J. em 27.07.1954.

¹⁸⁰ Esta, todavia, não é atividade exclusiva da jurisprudência: encontra-se também na doutrina repetições do equívoco. Renato Ventura Ribeiro, por exemplo, ao refutar a licitude de direito de exclusão de sócio sem justa causa, contrapõe-o à opção de compra e ao direito de recesso, afirmando que estes configurariam condições simplesmente potestativas (VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 195).

¹⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 544, 8, p. 220.

Por um lado, a condição potestativa lícita reúne os elementos essenciais da condição – quais sejam, voluntariedade, incerteza e futuridade –, levando-se em consideração suas particularidades que as distinguem das causais. Por outro, a condição potestativa ilícita não representa verdadeira condição. A falta de seriedade da declaração de vontade justifica a inexistência do negócio jurídico – razão pela qual não se pode considerar haver condição em sentido técnico.

PARTE II. A VEDAÇÃO ÀS ‘CONDIÇÕES POTESTATIVAS’

Estabelecido o conceito de ‘condição potestativa’, chega-se ao momento de analisar propriamente a vedação estabelecida pelo Ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, deve-se analisar o escopo de aplicação do artigo 122 do Código Civil (2.1.), e, em seguida, as consequências dessa vedação (2.2.).

2.1. O SUPORTE FÁTICO DO ARTIGO 122 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 122, *in fine*, do Código Civil reputa ilícita a condição que sujeita o negócio “ao puro arbítrio de uma das partes”¹⁸². Para bem compreender o suporte fático da incidência desta norma, não basta se ter em mente a estrita definição de ‘condição potestativa’¹⁸³. Há, adicionalmente, requisitos de aplicação desta regra: por um lado, a análise da licitude da condição pode tomar rumos distintos a depender de quem é o arbítrio deflagrador do implemento (ou não implemento) da condição (2.1.1.); por outro, o regime é distinto a depender de a condição ser suspensiva ou resolutiva (2.1.2.).

2.1.1. Potestatividade do credor e potestatividade do devedor

Na esteira da interpretação literal do artigo 122, *in fine*, do Código Civil, o qual considera ilícita a condição sujeita ao arbítrio *de uma das partes*, parcela da doutrina defende a impossibilidade de condição receber o influxo tanto do arbítrio do credor quanto do arbítrio do devedor¹⁸⁴. Os fundamentos colhidos da experiência comparatista auxiliam a compreensão do tema.

No Direito francês, entende-se ser inválida apenas a condição potestativa do devedor. O artigo 1174 do Código Napoleônico previa a nulidade de “toda obrigação

¹⁸² Spencer Vampré, em sentido contrário, qualificava a condição potestativa como aquela “que está no poder daquele a cujo favor a obrigação é contrahida” (VAMPRÉ, Spencer. *Manual de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1920, p. 97).

¹⁸³ Vide Parte I, *supra*.

¹⁸⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*. Vol. I. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918, p. 375 (“É, pois, fora de duvida que as condições *puramente potestativas* não são toleradas pelo Código, ainda que *subordinadas ao arbitrio do credor*”).

contraída sob condição potestativa de parte daquele que se obriga”¹⁸⁵. A disposição foi mantida após a reforma do direito das obrigações francês, ora como artigo 1304-2¹⁸⁶.

Seguindo essa orientação, Jean CARBONNIER defende a vedação tão-somente às condições subordinadas ao arbítrio do devedor, pois este “não estará seriamente vinculado se a sua dívida depender de um evento cuja ocorrência estiver a seu poder; não há verdadeira obrigação”¹⁸⁷. Na mesma linha, Alain BÉNABENT afirma que a condição potestativa vedada seria aquela que “permite o devedor ‘sair’ do contrato por sua própria vontade, sem qualquer elemento externo”¹⁸⁸.

Por outro lado, destaca René DEMOGUE que a licitude da condição potestativa do devedor justifica-se por já existir vínculo jurídico: o implemento dessa espécie de condição traria a obrigação do devedor “de volta à vida”¹⁸⁹. O exemplo de Henri CAPITANT é o seguinte: “eu me comprometo a emprestar-lhe 10 mil francos no dia 01 de janeiro, se você quiser”¹⁹⁰.

O critério a orientar a vedação à condição potestativa seria, portanto, a possibilidade de o devedor impedir, por seu próprio capricho, a formação do contrato¹⁹¹, “destruindo a natureza da obrigação”¹⁹². Jacques GHESTIN conclui que a proibição às condições potestativas devem proteger, de forma eficaz, o credor contra o arbítrio do devedor, desde que se preserve “a necessária liberdade contratual”¹⁹³.

No Direito italiano, encontra-se solução semelhante. O artigo 1355 do *Codice Civile* determina a nulidade de alienação de direito ou assunção de obrigação

¹⁸⁵ No original: “Art. 1174. Toute obligation est nulle lorsqu’elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s’oblige”.

¹⁸⁶ *In verbis*: “Art. 1304-2. Est nulle l’obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l’obligation a été exécutée en connaissance de cause”.

¹⁸⁷ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Tomo II. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 2155.

¹⁸⁸ BÉNABENT, Alain. *Droit des Obligations*. 15ª ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 271.

¹⁸⁹ DEMOGUE, René. *Des Droits Éventuels, Hypothèses ou ils prennent naissance*. Nature et effets. Paris: Larose & Tenin, 1906, p. 34.

¹⁹⁰ CAPITANT, Henri. *Introduction à l’Étude du Droit Civil*. Notions Générales. Paris: A. Pedone, 1898, p. 280.

¹⁹¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. Cinquantième Leçon. In: *Leçons de Droit Civil*. Tomo II. Vol. I. 9ª ed. Paris: Montchrestien, 1994, p. 1094.

¹⁹² POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des Obligations*. Tomo I. Paris: Debure, 1764, § 205, p. 229.

¹⁹³ GHESTIN, Jacques. La Notion de Condition Potestative au Sens de l’Article 1174 du Code Civil. In: *Études dédiées à Alex Weill*. Paris: Dalloz-Litec, 1983, p. 258.

condicionada a fato dependente da vontade do alienante ou do devedor¹⁹⁴, não se estendendo a aplicação da regra caso haja potestatividade do credor¹⁹⁵. A *ratio* dessa disposição é “a ausência de qualquer razão jurídica para tutelar um ato dependente do arbítrio de seu autor”¹⁹⁶.

Nessa linha, Emilio BETTI argumenta que, em sendo a verificação da condição dependente do devedor, seria “previsível” que essa pessoa “se absteria de realizar o ato que resulte em perda ou obrigação para si”¹⁹⁷. A situação demonstraria que, em verdade, o devedor está em situação de “indiferença” ou “falta de interesse”¹⁹⁸, ensejando a nulidade de todo o negócio jurídico¹⁹⁹.

No Direito brasileiro, já destacava Nehemias GUEIROS na primeira metade do século XX que “a questão, de grande interesse prático, tem preocupado (*sic*) os nossos juristas”²⁰⁰. O tema desperta acirrada controvérsia, diante da ausência de regramento específico em nosso Ordenamento jurídico.

De um lado, José Manuel CARVALHO SANTOS, por exemplo, afirma que o Direito brasileiro teria se afastado da solução encontrada nos sistemas francês e italiano²⁰¹, em posição compartilhada por CARVALHO DE MENDONÇA²⁰². De outro, Francisco AMARAL²⁰³

¹⁹⁴ No original: “È nulla l’alienazione di un diritto o l’assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell’alienante o, rispettivamente da quella del debitore”.

¹⁹⁵ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 579.

¹⁹⁶ COSTANZA, Maria. *Condizione nel Contratto*. In: GALGANO, Francesco (Coord.). *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 67.

¹⁹⁷ BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 520.

¹⁹⁸ CAPONETTI, Barbara. La Condizione Potestativa e Meramente Potestativa: confronto con le figure del recesso e dell’opzione. In: ALCARO, Francesco (Coord.). *La Condizione nel Contratto: tra ‘atto’ e ‘attività’*. Padova: Cedam, 2008, p. 71.

¹⁹⁹ CAROCCIA, Francesca. *Il Paradigma della Condizione e le Dinamiche Negoziali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 198.

²⁰⁰ GUEIROS, Nehemias. *Da Condição em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Commercio, 1935, p. 127.

²⁰¹ CARVALHO SANTOS, José Manuel. *Código Civil Brasileiro Interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 39-40.

²⁰² CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Doutrina e Prática das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1907, p. 250, *in verbis*: “Esse absurdo leva-nos a rejeitar a potestativa, tanto por parte do credor como pela do devedor, pois que em ambos nem-um vínculo se forma e apenas bem se caracteriza uma proposta”.

²⁰³ AMARAL, Francisco. *Da Irretroatividade da Condição Suspensiva no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 90-91.

e Basileu RIBEIRO FILHO²⁰⁴ entendem admissível a condição potestativa por parte do credor²⁰⁵.

A análise estrutural e funcional da condição potestativa indica que a proposta dos sistemas francês e italiano são compatíveis com o nosso Ordenamento jurídico, a despeito da inexistência de regramento legislativo específico. Não há razão para se obstar o arbítrio do credor²⁰⁶, pois, como destacava Eduardo ESPÍNOLA, o arbítrio do credor é admitido por ser “acréscimo inútil”, enquanto o arbítrio do devedor indica não existir qualquer declaração de vontade²⁰⁷.

Este é o ponto fundamental: a *ratio* da proibição da condição potestativa não é a vedação ao *arbítrio* de um contratante. Seria incoerente afirmar que o arbítrio é sancionado através da condição, mas lícito em se tratando de direito potestativo, cujo exercício é admitido pelo Ordenamento jurídico, como visto acima²⁰⁸.

O fundamento a justificar a vedação às ‘condições’ potestativas ilícitas é a impossibilidade de formar-se vínculo obrigacional²⁰⁹, dada a “falta de seriedade da vontade na celebração do negócio condicional”²¹⁰. Portanto, considera-se válida a condição submetida à vontade daquele que “adquire direitos (como o credor nas obrigações)”²¹¹.

Todas essas considerações, contudo, tomam por pressuposto a clara definição de quem é credor e quem é devedor na estrutura do negócio jurídico. O cenário é mais complexo em se considerando uma condição potestativa ilícita inclusa em contrato sinalagmático.

²⁰⁴ RIBEIRO FILHO, Basileu. *Condição Potestativa Pura e Indeterminação da Prestação*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1949, p. 61-62.

²⁰⁵ Pontes de Miranda sustenta que a admissão da condição potestativa do credor é “uma dessas frases que enchem a velha herança dos axiomas, repetidos sem devido exame” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 544, 1, p. 198). De forma muito semelhante: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 5.701. 4, p. 296.

²⁰⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 406.

²⁰⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Bahia: Reis & Co., 1908, p. 495.

²⁰⁸ Vide, nesse sentido, a seção 1.2.2., *supra*.

²⁰⁹ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Revista dos Tribunaes, 1916, p. 138.

²¹⁰ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, Estrutura e Regime Jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 48. Vide, *infra*, a seção 2.2.1.

²¹¹ RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 4ª ed. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 279.

Em 1913, Inglês de SOUZA lavrou parecer que discutia a licitude de contrato de compra e venda de açúcar²¹². Naquela oportunidade, a consulente apresentara ao jurista duas minutas de cláusulas. A primeira tinha a seguinte redação:

“Por ordem de F., vendi a C., tres mil saccos com 50 kilos cada sacco, com assucar branco crystal, bom, de Campos, e a entregar até 31 de Dezembro proximo futuro, á vontade dos compradores, livres, desembaraçados e depositados em trapiche ou armazem desta praça, ao preço de 270 réis cada kilo; condições deste mercado, podendo os compradores, no caso que lhes convenha, exigir mais tres mil saccos nas mesmas condições de preço, qualidade e prazo. Pagamento a dinheiro, em tres dias, com 3% de desconto, em 30 dias, com 2 e 1/4% de desconto, ou a tres mezes, sem desconto, em letra”.

A segunda continha três diferenças principais: a quantidade, o preço e o titular da escolha a respeito da quantidade total que seria objeto da operação:

“Por ordem de F., vendi a C., tres mil saccos com 60 kilos cada sacco, com assucar branco crystal, bom, de Campos, a entregar até 31 de Dezembro proximo futuro, á vontade dos vendedores, livres e desembaraçados e depositados em trapiche ou armazem nesta praça, ao preço de 260 réis cada kilo, condições deste mercado, podendo os vendedores entregar mais tres mil saccos nas mesmas condições de preço, qualidade e prazo. Pagamento a dinheiro em tres dias, com 3% de desconto, em 30 dias com 2 1/4% de desconto ou a tres mezes sem desconto em letras”.

Nessa situação, Inglês de SOUZA defendeu a licitude de ambas as disposições contratuais²¹³. Para tanto, considerou que, por se tratar de hipóteses envolvendo contratos

²¹² SOUZA, Inglês de. Compra e Venda a Termo. Condição Potestativa. Opção. *Revista dos Tribunais*, vol. 8, dez./1913, p. 132.

²¹³ *In verbis*: “Em commercio de compra-venda com faculdade, isto é, a condição potestativa em favor de uma das partes, é não só licita como usual” (SOUZA, Inglês de. Compra e Venda a Termo. Condição Potestativa. Opção. *Revista dos Tribunais*, vol. 8, dez./1913, p. 132).

sinalagmáticos, “cada um dos contratantes é respectivamente credor e devedor”. Assim, “a condição potestativa em favor de uma das partes não anula a convenção”²¹⁴.

Contudo, como afirma Fernanda MARTINS-COSTA, “a questão não pode prescindir da análise funcional da condição”, de modo que “admitir uma condição puramente potestativa só pelo fato de o contrato ser sinalagmático não parece uma solução correta”²¹⁵. Olivier MILHAC, por exemplo, entende ser o caso de “desqualificação” do contrato sinalagmático, passando-se a considerar como negócio jurídico unilateral²¹⁶.

É de se destacar, contudo, uma hipótese em que a condição potestativa não pode ser admitida: trata-se da condição aposta à obrigação fundamental do negócio jurídico.

A obrigação fundamental é conceituada por Judith MARTINS-COSTA como aquela que seja vital ao contrato, devendo ser apreendida consoante a seguinte fórmula: “se afastada, apagada ou extirpada a obrigação, o contrato, enquanto regulação de interesses econômicos dotado de sentido, deixaria de ter um mínimo significado racional”²¹⁷. A figura distingue-se da *obrigação principal* – a qual é o núcleo da relação obrigacional, sendo caracterizada por dar, fazer ou não-fazer –, por ser a obrigação que, *funcional e concretamente*, define a racionalidade do contrato²¹⁸.

A obrigação fundamental é “irredutível” e “insuprimível”²¹⁹. Nesse sentido, Camila Vicenci FERNANDES defende a nulidade de “cláusulas de não obrigação” que retirem a importância da obrigação fundamental do contrato. Para tanto, ilustra com o exemplo de empresa contratada para garantir a segurança de um local e declina de sua obrigação de vigilância. “A presença de cláusulas de não obrigação suprimirá de maneira

²¹⁴ Por todos, SOUZA, Inglez de. Compra e Venda a Termo. Condição Potestativa. Opção. *Revista dos Tribunais*, vol. 8, dez./1913, p. 132. No mesmo sentido: MIRANDA, Custódio Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71. No âmbito do Direito italiano, Giorgio Tatatano entende que a vedação à condição potestativa pura por parte do devedor “se aplica unicamente aos contratos que contenham alienação ou obrigação de apenas uma das partes (isto é, contratos unilaterais) e não aos contratos contendo obrigações de ambas as partes” (TATARANO, Giovanni. *La condizione*. In: *Condizione e Modus*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2009, p. 32).

²¹⁵ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, Estrutura e Regime Jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 73-74.

²¹⁶ MILHAC, Olivier. *La Notion de Condition dans les Contrats à titre Onéreux*. Paris: LGDJ, 2001, p. 39.

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Notas comparativas sobre a Obrigação Fundamental do Contrato. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018, p. 621.

²¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Notas comparativas sobre a Obrigação Fundamental do Contrato. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; VISCONTE, Debora; ALVES, Mariana Cattel (Orgs.). *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*. São Paulo: Atelier Jurídico, 2018, p. 621.

²¹⁹ As expressões são de SEFTON-GREEN, Ruth. *La Notion d'Obligation Fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000, p. 263.

tão intensa a obrigação fundamental vislumbrada pelo contrato que não restará outra alternativa senão reputá-lo nulo”²²⁰.

Na análise da jurisprudência, localizou-se apenas um caso do qual se pode extrair a distinção entre a condição potestativa do credor e do devedor, ainda que de forma implícita. Trata-se do *caso da correção monetária a critério da financiadora*²²¹.

A situação discutida envolvia a celebração de contrato de arrendamento mercantil cujas prestações seriam corrigidas de acordo com a Obrigação do Tesouro Nacional – OTN. Havia disposição contratual permitindo à financiadora, credora da obrigação, escolher o índice aplicável caso a OTN fosse extinta – o que de fato veio a ocorrer em 1989. O Superior Tribunal de Justiça considerou tratar-se de “cláusula potestativa”, atraindo a incidência do art. 115 do Código Civil de 1916, decidindo que a correção monetária deveria ocorrer conforme a Lei 7.730/1989. Ainda que se discuta se a decisão foi ou não correta²²², o fundamental é perceber-se ter o STJ também inadmitido condição potestativa por parte do credor.

Não se concorda com essa decisão. Como se verá na seção 2.2.1., *infra*, o fundamento para a vedação das condições potestativas ilícitas não é a impossibilidade de admitir-se a existência de arbítrio de um dos contratantes, mas sim o impedimento à formação do negócio jurídico. É apenas nessa situação que faltará a seriedade necessária para a existência do vínculo contratual. Por essa razão, entende-se fugir ao escopo do artigo 122 do Código Civil o sancionamento à potestatividade do credor..

A análise das ‘condições potestativas’ ilícitas também deve se conjugar à classificação das condições conforme seus efeitos, pois soluções são distintas em havendo condição suspensiva ou resolutiva.

²²⁰ FERNANDES, Camila Vicenci. A Obrigação Fundamental. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (Orgs). *Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 80-81.

²²¹ STJ. REsp 145.078/SP. Quarta Turma. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. J. em 13.12.2005.

²²² Caio Mário da Silva Pereira exarou parecer em sentido contrário, defendendo tratar-se de condição simplesmente potestativa aposta a obrigação alternativa, pois apenas haveria a possibilidade de alterar-se o índice de correção caso a OTN fosse extinta ou se não refletisse a inflação real – dois fatos alheios à vontade das partes (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Parecer n. 5. In: *Obrigações e Contratos*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62-67).

2.1.2. Condição suspensiva e condição resolutiva

A definição da extensão da vedação às condições potestativas representa questão “importantíssima”²²³. Ocorre que “nem o Código Civil de 1916, nem o atual, ao proibir as condições puramente potestativas, distingue as condições suspensivas das resolutivas, diferentemente do que tem sido o posicionamento da doutrina”²²⁴. Desse modo, à vagueza do artigo 122 do Código Civil a respeito do ‘titular’ da potestatividade²²⁵ soma-se uma segunda indefinição: vedam-se tanto as condições potestativas suspensivas quanto as resolutivas?

A condição suspensiva é definida como aquela que encobre a eficácia do negócio jurídico até seu implemento: já existe vínculo obrigacional, cujos efeitos somente serão produzidos se realizado determinado evento futuro e incerto²²⁶. No período de pendência da condição suspensiva, não há mera expectativa de direito, e sim direito expectativo.

Se, por um lado, o art. 125 do Código Civil²²⁷ prevê que o direito a que a condição suspensiva se refere não se considera adquirido até o evento previsto como condição-fato ocorrer²²⁸; por outro, deve-se reconhecer que a interpretação do dispositivo demanda, como percebe Fernanda MARTINS-COSTA, “considerar implícito no texto: ‘não se terá adquirido toda a eficácia do direito que está sob condição, embora se adquiram, eficazmente, outros direitos projetados pelo negócio’”²²⁹. Isto é: antes do implemento da condição suspensiva, ainda não existe direito *de* crédito. Contudo, é inegável a existência de direito *a* crédito²³⁰⁻²³¹. Este sim, como dispõe a literalidade do art. 125 do Código Civil, “não será adquirido” durante a pendência da condição.

²²³ A expressão consta de GRAZIOLI, Giulio. *Condizione*. In: SCIALOJA, Vittorio; BONFANTE, Pietro. *Dizionario Pratico del Diritto Privato*. Vol. II. Milano: Francesco Vallardi, 1913-1939, p. 290.

²²⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 247.

²²⁵ Conforme analisado na seção 2.1.1., *supra*.

²²⁶ Nesse sentido, BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 75.

²²⁷ *In verbis*: “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”.

²²⁸ Esta posição é partilhada por BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Atualizado por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 235.

²²⁹ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, Estrutura e Regime Jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 105.

²³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 544, 1, p. 198.

²³¹ Esta é a razão pela qual o artigo 130 do Código Civil permite ao titular do direito eventual (*rectius*: direito expectativo) praticar atos destinados a conservá-lo. Nesse sentido: AMARAL, Francisco. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 99.

Pode-se, portanto, concluir que a celebração de negócio jurídico suspensivamente condicionado confere ao contratante grante parte das faculdades que compreendem um direito subjetivo de crédito, faltando-lhe apenas a exigibilidade²³².

A condição resolutiva opera de forma inversa: o negócio jurídico é eficaz até que a condição se verifique, de modo que o direito relacionado à condição pode ser exercido desde o momento da celebração do negócio jurídico²³³. O implemento da condição “extingue um vínculo jurídico anteriormente criado”²³⁴, de forma que “deixe de ser a eficácia que acontecera”²³⁵. Por outro lado, a sua não verificação implica a manutenção dos efeitos próprios do negócio jurídico²³⁶, como se jamais se houvesse estipulado condição.

Diante dessas espécies de condição e da ausência de previsão legal, discute-se quanto à extensão da vedação às condições potestativas no Direito brasileiro. Há entendimento pacífico sobre a vedação das condições potestativas suspensivas; é, contudo, objeto de discussão a possibilidade de se estipular condições potestativas resolutivas.

Cabe recordar²³⁷ que o Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS de 1860 continha regra que sedimentava a questão: no título dedicado à condição potestativa, previa-se que “se a condição fôr resolutiva, a extinção do direito pode ser subordinada ao consentimento ou mero arbítrio de qualquer das partes interessadas”²³⁸. Todavia, o Esboço “pereceu

²³² MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, Estrutura e Regime Jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 105.

²³³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 494.

²³⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Doutrina e Prática das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1907, p. 269.

²³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 541, 1, p. 169.

²³⁶ MIRANDA, Custódio Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

²³⁷ Malgrado se tenha afirmado na Introdução que o exame do tema sob perspectiva histórica fugiria dos objetivos específicos do trabalho, adota-se a lição de Clóvis do Couto e Silva: “para conhecer a situação atual de um sistema jurídico, ainda que em suas grandes linhas, é necessário ter uma idéia de seu desenvolvimento histórico, das influências que lhe marcaram as soluções no curso dos tempos” (COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 97, jan.-mar./1988, p. 163).

²³⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*. Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1952, p. 287.

como Código pelas circunstâncias da época, nada obstante ter plasmado a mais importante construção de direito privado do século XIX (e talvez de nossa história)”²³⁹.

Já o Projeto de COELHO RODRIGUES, apresentado em 1890, dispunha serem “permitidas em geral todas as condições não expressamente proibidas por lei e entre as proibidas incluem-se aquellas que annullariam todo o effeito do acto a que fossem appostas ou fal-o-hiam dependente do arbítrio de uma das partes”²⁴⁰. Esta seria a origem da regra atualmente constante do atual artigo 122 do Código Civil, conforme Eduardo ESPÍNOLA, a qual seria “fórmula imprecisa, capaz de levar confusões ao espirito de intérpretes menos solertes”²⁴¹.

Ainda que este breve histórico legislativo pudesse indicar ter-se abandonado a precisa regra projetada por TEIXEIRA DE FREITAS, entende-se que a vedação às condições potestativas “não vai além das condições suspensivas”²⁴² – sendo, portanto, admitidas as condições potestativas resolutivas.

Reitere-se: o fundamento para a vedação às condições potestativas é a falta de seriedade da declaração de vontade, pois, ao se deixar a constituição de obrigação a critério de uma das partes, não haverá negócio jurídico. Este fundamento é inaplicável às condições resolutivas. Se nesta espécie de condição a relação jurídica já foi formada e é eficaz durante o período de pendência, não se pode aplicar a vedação estabelecida pelo artigo 122, *in fine*, do Código Civil, pois incompatível com sua função.

Trata-se precisamente dos fundamentos adotados pela parcela da doutrina que admite as condições potestativas resolutivas. Eduardo Ribeiro de OLIVEIRA se manifesta pela admissibilidade da condição potestativa de forma resolutiva, remetendo ao critério da seriedade da estipulação: se, na condição suspensiva, o ato era carente de seriedade, na condição resolutiva o negócio produz todos os seus efeitos até que se desconstitua²⁴³.

²³⁹ Como relata NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. “Integração” de lacunas contratuais: em busca de um método. Tese de Doutorado. Orientador Professor Dr. Cristiano de Sousa Zanetti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018, p. 87.

²⁴⁰ COELHO RODRIGUES, Antonio. *Código Civil Brasileiro*. Precedido de um projecto de lei preliminar. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 41.

²⁴¹ ESPÍNOLA, Eduardo. Condição. In: CARVALHO SANTOS, José Manuel; AGUIAR DIAS, José de. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. X. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 366, embora se referindo ao artigo 115 do Código Civil de 1916.

²⁴² ESPÍNOLA, Eduardo. *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*. Vol. I. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918, p. 377.

²⁴³ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 311.

Orlando GOMES afirma que a condição resolutiva potestativa “não impede sua formação, nem a produção de seus efeitos”, sendo, portanto, admitida no Direito brasileiro²⁴⁴. Vicente RÁO acrescenta: na condição resolutiva, “existe um vínculo jurídico válido consistente na vontade atual de se obrigar, de cumprir a obrigação assumida”²⁴⁵.

Trata-se da mesma solução encontrada nos Ordenamentos jurídicos francês e italiano.

A aplicação do artigo 1174 do Código Civil francês tão-somente às condições suspensivas é “opinião muito difundida”²⁴⁶. As razões apresentadas pela doutrina para justificar a admissibilidade dessas condições são muito semelhantes às apresentadas pelos juristas brasileiros: apenas seria vedada a condição potestativa ilícita quando não se cria vínculo obrigacional – situação incompatível com a condição resolutiva²⁴⁷.

O artigo 1355 do Código Civil italiano determina a nulidade da condição potestativa pura *suspensiva* por parte do alienante ou devedor. Entende-se que o fundamento dessa vedação é evitar um “mascaramento de uma obrigação fictícia”²⁴⁸. Além disso, na falta de previsão legal, não se poderia limitar a autonomia das partes em estipular condição potestativa pura resolutiva²⁴⁹.

A *Corte di Cassazione* já enfrentou caso em que se discutia a viabilidade de condição potestativa pura resolutiva. A sentença havia declarado a nulidade da disposição, mas a Corte anulou a decisão, afirmando que:

“A condição potestativa pura que implica a nulidade da obrigação é apenas a suspensiva, aquela de que depende o surgimento da obrigação, e não a que subordina a cessação de seus efeitos. Esta

²⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 406.

²⁴⁵ RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 4ª ed. Atualizada por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 279.

²⁴⁶ Assim afirma CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Tomo II. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 2156.

²⁴⁷ Nesse sentido, MILHAC, Olivier. *La Notion de Condition dans les Contrats à titre Onéreux*. Paris: LGDJ, 2001, p. 39; DROSS, William. L’introuvable nullité des conditions potestatives. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 4, out.-dec./2007, p. 704. Este autor, todavia, afirma que a “dificuldade fundamental” envolve questões de “política jurídica”, na medida em que o negócio jurídico poderia ser “desequilibrado” (p. 704).

²⁴⁸ FERRARA, Francesco. La Condizione Potestativa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. 29, n. 1, 1931, p. 566.

²⁴⁹ COSTANZA, Maria. *Condizione nel Contratto*. In: GALGANO, Francesco (Coord.). *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 71.

última relaciona-se à duração da obrigação, e não à sua eficácia atual”²⁵⁰.

Jair LINS defende que o Direito brasileiro se distanciou do sistema francês a esse respeito. Para tanto, seu argumento central é de que tanto na condição suspensiva quanto na resolutiva “não se forma vínculo obrigacional algum”, pois este depende do implemento da condição²⁵¹. Além disso, entende não ser possível distinguir entre as espécies de condição, na medida em que o Código Civil não previu qualificações distintas ao vedar as condições potestativas²⁵².

Não se pode concordar com essa posição. Em primeiro lugar, os efeitos do negócio dependente de condição suspensiva somente são produzidos com o implemento da condição, enquanto na resolutiva o negócio existe e é eficaz até que a condição se verifique. É justamente essa distinção em relação aos efeitos que implica diferentes regimes em relação à condição potestativa.

Em segundo lugar, a falta de distinção legal quanto às formas de condição potestativa não impede sua interpretação. É papel da doutrina não só interpretar os modelos jurídicos, mas também os criar²⁵³. Nesse sentido, o silêncio do legislador não pode se sobrepor à finalidade do instituto, qual seja, impedir que a existência do negócio jurídico se sujeite a apenas uma das partes (no caso, o devedor).

A esse respeito, a jurisprudência analisada não auxilia a encontrar uma solução para o problema.

Por um lado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que somente seria vedada a condição que fizesse a “própria formação do vínculo contratual” do exclusivo arbítrio de uma das partes²⁵⁴. Tratava-se de discussão a respeito da renovação de contrato de locação, não tendo o STF contraposto condição suspensiva e resolutiva. Contudo, os fundamentos

²⁵⁰ Apesar de não se ter realizado pesquisa jurisprudencial relativa aos Ordenamentos estrangeiros, este caso foi sucintamente referido em BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Guiridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 520. Diante disso, localizou-se seu inteiro teor em Corte di Cassazione del Regno. 31 luglio 1939, n. 2966. In: *Il Foro Italiano*, vol. 65, 1940, p. 71-72.

²⁵¹ LINS, Jair. Alguns comentários sobre o artigo 115 do Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, vol. 38, jan.-jun./1922, p. 442.

²⁵² LINS, Jair. Alguns comentários sobre o artigo 115 do Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, vol. 38, jan.-jun./1922, p. 443.

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e Utilidade da Doutrina. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26-27.

²⁵⁴ STF. RE 24.991/SP. Segunda Turma. Relator Min. Orozimbo Nonato. J. em 08.06.1954, já analisado na seção 1.2.2., *supra*.

apresentados na decisão conduziriam à conclusão de que apenas as condições potestativas suspensivas seriam vedadas.

Por outro lado, mais recentemente o STJ decidiu o *caso do imóvel inadequado*²⁵⁵, aplicando o regime da condição potestativa a uma condição resolutiva. Em contrato de locação, previram as partes a possibilidade de a locatária extinguir a relação contratual caso o imóvel se tornasse inadequado para seu uso comercial, de acordo com estudos técnicos, bastando apenas o envio de notificação à locadora, com antecedência mínima de 30 dias.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que, em razão da possibilidade de a locatária contratar seus laudos técnicos para comprovar a necessidade de abandonar o imóvel, havia condição potestativa, sujeitando a locadora ao arbítrio da locatária. Ademais, não se poderia derogar contratualmente o regime legal da locação, o qual prevê alternativamente a necessidade de se cumprir o prazo de duração do contrato ou o pagamento de multa pelo locatário.

Em outro caso, o TJSP reputou como condição ilícita a cláusula contratual que permitia uma instituição de ensino a cancelar o curso de mestrado oferecido, mediante o reembolso das taxas pagas pelos alunos, desde que o fizesse com ao menos trinta dias de antecedência ao início das aulas. Decidiu-se que havia condição potestativa ilícita, por subordinar-se “os efeitos decorrentes do negócio jurídico celebrado ao puro arbítrio da instituição de ensino”²⁵⁶.

Na realidade, estes casos teriam melhor solução se tivesse considerado haver *direito* potestativo, e não condição²⁵⁷.

É necessário, todavia, estabelecer-se uma ressalva. Há negócios jurídicos insuscetíveis de receberem condição potestativa resolutiva devido à sua natureza. No exemplo recordado por Eduardo Ribeiro de OLIVEIRA, é o caso da possibilidade de se revogar a doação a qualquer tempo²⁵⁸. Apenas pode ocorrer revogação da doação por

²⁵⁵ STJ. AgRg no AgRg no Ag 652.503/RJ. Sexta Turma. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. em 20.09.2007.

²⁵⁶ TJSP. Ap. Cív. 0202518-53.2012.8.26.0100. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Edgard Rosa. J. em 20.03.2014.

²⁵⁷ Para tanto, remete-se à seção 1.2.2., *supra*.

²⁵⁸ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 311.

ingratidão²⁵⁹, sendo necessário pronunciamento jurisdicional a respeito²⁶⁰. Trata-se, portanto, de negócio jurídico incompatível com a oposição de condição resolutiva.

O STJ enfrentou essa situação no *caso da doação revogável*²⁶¹. Em ação de separação judicial, os ex-cônjuges partilharam seus bens e doaram a nua-propriedade de determinados imóveis a seus filhos. Nada obstante, previram as partes que “sempre em conjunto, a qualquer momento e se houver interesse, poder[iam] revogar a doação”. O Ministro Relator, Ruy Rosado de AGUIAR JR., julgou tratar-se de disposição “evidentemente potestativa”, pois dependente do juízo discricionário dos doadores²⁶².

Portanto, entende-se que o suporte fático da vedação estabelecida pelo artigo 122, *in fine*, do Código Civil não compreende a condição dependente do arbítrio do credor. Neste caso, a formação do negócio jurídico não será posta em xeque. Considerando essa finalidade, a vedação não atinge as condições resolutivas (se compatíveis com a natureza do negócio), apesar de se aplicar às condições apostas a obrigações fundamentais. Cabe, por fim, destacar os efeitos decorrentes dessa vedação.

2.2. EFEITOS DA VEDAÇÃO ÀS ‘CONDIÇÕES POTESTATIVAS’

Em relação aos efeitos da vedação às condições potestativas no Direito brasileiro, são dois os temas de maior destaque. Em primeiro lugar, cabe analisar a sanção ao negócio jurídico a que subordinada condição potestativa ilícita, bem como a extensão de seus efeitos (2.2.1.). Em segundo lugar, deve-se abordar o implemento ficto da condição, pois representa a solução mais adequada de muitos casos que consideraram haver condição potestativa ilícita (2.2.2.).

²⁵⁹ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 256.

²⁶⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 263.

²⁶¹ STJ. REsp 220.608/SP. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. em 04.12.2001.

²⁶² O Ministro Cesar Asfor Rocha apresentou voto divergente, entendendo que a cláusula representava “preocupação dos pais [...] em proteger o patrimônio da família” e, como não seriam obrigados a realizar a doação, poderiam desconstitui-la quando bem entendessem. Os demais Ministros acompanharam o Relator (STJ. REsp 220.608/SP. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. em 04.12.2001).

2.2.1. A sanção ao negócio jurídico ao qual se apõe 'condição potestativa'

No Código Civil de 1916, as consequências das condições juridicamente impossíveis equiparavam-se às das potestativas ilícitas: diante da divergência interpretativa sobre o tema²⁶³, afirmava-se que a “distinção não oferece interesse prático”, considerando-se juridicamente impossível toda condição contrária à ordem jurídica²⁶⁴. Sob a égide daquele diploma legal, os efeitos da aposição de condição potestativa ilícita eram os mesmos decorrentes de condição juridicamente impossível.

Todavia, o Código Civil de 2002 alterou essa sistemática: as condições juridicamente impossíveis invalidam o negócio jurídico caso sejam suspensivas²⁶⁵; silenciando-se a lei sobre as resolutivas. Além disso, incluiu-se a condição ilícita no rol de condições cuja sanção é a invalidade²⁶⁶. Desse modo, conforme o texto legal, a condição ilícita²⁶⁷ enseja a nulidade do negócio jurídico, enquanto a juridicamente impossível transitará entre a invalidade do negócio e a inexistência da condição, a depender de sua espécie²⁶⁸. Como defende António MENEZES CORDEIRO, sempre que “a condição seja ilícita, o negócio é, no seu todo, nulo”²⁶⁹.

Esse aspecto merece análise aprofundada. No Direito brasileiro, seria a nulidade do negócio jurídico a solução correta do problema das condições potestativas ilícitas?

Entende-se que não se trata do entendimento mais acurado. Quando se pactua negócio jurídico sob condição potestativa ilícita, “não há manifestação real e séria de vontade”²⁷⁰. Como a declaração de vontade condicional é única, não podendo ser

²⁶³ Defendendo tratar-se de condição ilícita: AMARAL, Francisco. *Da Irretroatividade da Condição Suspensiva no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 94. Afirmando tratar-se de condição juridicamente impossível: SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Parecer n. 14. In: *Obrigações e Contratos*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 172.

²⁶⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Atualizado por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 234.

²⁶⁵ Código Civil, art. 123, I.

²⁶⁶ Código Civil, art. 123, II.

²⁶⁷ A distinção entre as condições impossíveis e ilícitas remonta a BARTIN, Étienne. *Théorie des Conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*. Paris: Arthur Rousseau, 1887. As primeiras caracterizam-se por poder-se afirmar antecipadamente a impossibilidade de sua verificação (p. 9). As segundas têm por objeto um fato que pode ser realizado pela vontade de um dos contratantes; desse modo, a ilicitude não estaria no objeto da condição, mas na intenção das partes – o que incluiria a condição potestativa pura (126-131).

²⁶⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 245.

²⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Vol. II. 4ª ed. Coimbra: Almeda, 2014, p. 647.

²⁷⁰ GAMA, Affonso Dionysio. *Dos Actos Juridicos*. Theoria Elementar. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 65. No mesmo sentido, manifesta-se Jacques Ghestin, para quem a condição potestativa pura “representa uma falta

decomposta em ‘principal’ e ‘acessória’²⁷¹, sequer há emissão de vontade²⁷². Essa falta de intenção em se obrigar desnatura o próprio negócio jurídico.

Conforme Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, elemento necessário do negócio jurídico é a declaração negocial, definida como a declaração de vontade dotada de reconhecimento social de ser destinada a efeitos jurídicos²⁷³. Ao se celebrar negócio ao qual se apõe condição potestativa ilícita, inexistente declaração negocial, na medida em que o surgimento do vínculo obrigacional somente ocorre mediante ‘nova’ declaração de vontade. Se falta ao negócio jurídico um de seus elementos, este inexistente, sendo inapropriado falar-se em sua nulidade.

Reconhece-se que a teoria do negócio jurídico inexistente é alvo de críticas, seja porque trataria de uma “aparência de ato”, seja porque “do ponto de vista prático, é indiferente que o obstáculo à validade de negócio jurídico seja de ordem *natural* ou *legal*. Em qualquer hipótese, não valerá”²⁷⁴.

As críticas não se sustentam, pois somente se pode analisar a validade de algo que existe no mundo jurídico²⁷⁵. Há, portanto, importantes distinções entre um negócio jurídico inexistente e um negócio jurídico nulo, amparadas no ilustrativo exemplo de Clovis BEVILAQUA: o ato nulo é “um enfermo condenado à morte”, enquanto o inexistente “não tem existência jurídica”²⁷⁶.

de consentimento real, que enseja a nulidade da obrigação” (GHESTIN, Jacques. La Notion de Condition Potestative au Sens de l’Article 1174 du Code Civil. In: *Études dédiées à Alex Weill*. Paris: Dalloz-Litec, 1983, p. 243).

²⁷¹ GAMA, Affonso Dionysio. *Dos Actos Juridicos*. Theoria Elementar. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 65, que indica: “a vontade é sempre firme, haja, ou não, condição”. No mesmo sentido: CARVALHO SANTOS, José Manuel. *Código Civil Brasileiro Interpretado*: principalmente sobre o ponto de vista prático. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 5-6; ENNECERUS, Ludwig. *Derecho Civil*. Parte General. Vol. II. Atualizado por Hans Carl Nipperdey. Trad. espanhola de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935, p. 314.

²⁷² SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 367.

²⁷³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial. São Paulo: Edição do Autor, 1986, p. 24-25.

²⁷⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 484.

²⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 357, 1, p. 66, *in verbis*: “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe”.

²⁷⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Atualizado por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 258-259.

O negócio jurídico inexistente independe de ação judicial para retirar-lhe a eficácia²⁷⁷, pois o que não existe não tem efeitos a serem desconstituídos. Além disso, o negócio inexistente não é suscetível a conversão substancial, prevista pelo artigo 170 do Código Civil²⁷⁸. Entende-se, portanto, que a celebração de negócio jurídico ao qual se apõe condição potestativa ilícita demanda reconhecer a inexistência do negócio, na medida em que inexistente declaração negocial.

Contudo, mesmo seguindo os passos trilhados pelo artigo 123, II, do Código Civil e considerando-se *nulo* o negócio jurídico ao qual se apõe condição ilícita, deve-se destacar que a nulidade não se restringe tão-somente à condição, como frequentemente sustentado. O vício atinge a integralidade do negócio jurídico²⁷⁹. A invalidade parcial “constitui exceção no ordenamento jurídico brasileiro”²⁸⁰, sendo admitida se (i) houver uma parte separável e se (ii) respeitada a intenção das partes²⁸¹.

A interpretação sistemática do Código Civil corrobora a conclusão de que a aposição de condição ilícita invalida a totalidade do negócio jurídico. Como a ineficácia da condição deve ser aplicada “com muita parcimônia e em termos restritivos”²⁸², é de se notar que a própria lei prevê pontuais hipóteses de ineficácia da condição, como no caso da condição aposta ao ato de reconhecimento de filho²⁸³. Nesse caso, a sanção tem por fundamento a incompatibilidade da aposição de condição ao reconhecimento de paternidade, pois alguns atos “devem apresentar-se com tal certeza e segurança que dificilmente se poderiam admitir condições a que se subordinassem”²⁸⁴.

²⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. I. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 291.

²⁷⁸ A conversão substancial exige a presença de declaração de vontade suficiente para a existência de ao menos dois negócios jurídicos, permitindo “que entre no mundo jurídico o negócio hígido em lugar do viciado” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 70-71).

²⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 368, 1, p. 115.

²⁸⁰ BENETTI, Giovana Valentiniano. *Dolo por Omissão no Direito Civil Brasileiro*: fundamentos, requisitos e efeitos. Tese de Doutorado. Orientador Professor Dr. Francisco Paulo De Crescenzo Marino. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018, p. 75, ao distinguir os efeitos decorrentes das hipóteses de dolo total e dolo parcial.

²⁸¹ Código Civil, art. 184.

²⁸² MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. Vol. II. 4ª ed. Coimbra: Almeda, 2014, p. 648.

²⁸³ Código Civil, art. 1.613. Além disso, o artigo 912 do Código Civil dispõe considerar-se “não escrita no endosso qualquer condição a que o subordine o endossante”.

²⁸⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Bahia: Reis & Co., 1908, p. 500.

A questão dos efeitos resultantes da aposição de condição potestativa ilícita consta do *caso do Iate Clube*, decidido pelo STJ em 1992²⁸⁵. Naquela oportunidade, a discussão atrelava-se à disposição constante do estatuto social de uma associação, na qual se previa que os sócio-proprietários apenas poderiam exercer seus direitos sociais quando implementadas três condições: (i) a admissão de ao menos 4.900 sócios-proprietários; (ii) a finalização da construção do Iate Clube; e (iii) a inauguração do Iate Clube. Até que todos esses eventos ocorressem, apenas os sócios fundadores participariam das assembleias da associação.

Passados vinte e quatro anos da criação da associação, alguns sócios-proprietários buscaram a ineficácia da disposição restritiva do exercício dos direitos sociais, sob o argumento de que a condição (i), relativa ao número mínimo de sócios, poderia ter seu implemento obstado pela diretoria de sócios fundadores.

O Ministro DIAS TRINDADE, relator do recurso especial, manteve a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, declarando ineficaz a restrição ao exercício dos direitos sociais, pois teriam as partes pactuado condição potestativa ilícita. O Ministro Cláudio SANTOS apresentou voto divergente, decidindo pela manutenção da disposição contratual, tendo sido seguido pelo Ministro Nilson NAVES.

Foi no voto do Ministro Eduardo RIBEIRO, contudo, que duas importantes questões foram esclarecidas: a primeira, quanto aos efeitos da vedação às condições potestativas ilícitas. Registrou-se que, caso se reconhecesse ter o estatuto social condição vedada pelo Direito brasileiro, a solução não seria simplesmente “ter-se como não escrita a condição”, pois “acarretaria a nulidade do ato condicionado”²⁸⁶. A segunda questão versou a respeito do implemento ficto. Consignou o Ministro Eduardo RIBEIRO que, caso a diretoria do clube impedisse a entrada de novos sócios, poderia se cogitar do regime do art. 120 do Código Civil de 1916, não havendo razão para se falar em proibição legal²⁸⁷.

²⁸⁵ STJ. REsp 20.982/MG. Relator Min. Dias Trindade. Relator p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro. J. em 10.11.1992. Fernanda Martins-Costa adjetivou-o como “precedente curioso” (MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, Estrutura e Regime Jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 75).

²⁸⁶ Os trechos entre aspas constam do voto do Ministro Eduardo Ribeiro.

²⁸⁷ Essa problemática será enfrentada na seção 2.2.2., *infra*.

Semelhante foi a linha decisória de caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2011²⁸⁸. Por considerar haver condição ‘puramente potestativa’²⁸⁹, decidiu-se que o negócio jurídico ao qual é aposta condição ilícita é inválido, com fundamento no artigo 123, II, do Código Civil.

De modo semelhante, o tribunal arbitral que decidiu o caso CAM-CCBC 26/2013/SEC2²⁹⁰ manifestou-se a respeito das consequências de classificar-se uma condição como ilícita. O procedimento arbitral versava, dentre outras questões, sobre a qualificação das seguintes disposições contratuais:

“Cláusula 10.1. Além das condições resolutivas referidas na Cláusula Nona acima, ajustam as Partes, neste ato, na forma do artigo 125 do Código Civil, que os direitos e obrigações das Partes, pactuados no presente Contrato passarão a vigorar com o evento do pagamento, pela Compradora, do valor da primeira parcela do preço, referido na Cláusula 2.2(a), ou seja, até a data de 23 de julho de 2012.

Cláusula 10.2. Diante da condição suspensiva prevista na Cláusula 10.1, acima, na hipótese da desistência por quaisquer das partes, até 23 de julho de 2012, as Partes retornarão ao *status* inicial [...]”.

Os árbitros classificaram a disposição como termo – e não como condição suspensiva, como arguia a parte compradora –, na medida em que a desistência poderia ser exercida até determinada data, e não *se* a parcela do preço não fosse paga. O ato-fato do pagamento era um dever decorrente do contrato. Nesse sentido, o tribunal arbitral consignou em *obiter dictum* que, caso se tratasse de condição, esta seria ilícita, pois seu implemento seria deixado “ao alvedrio do devedor”, que teria o poder de determinar o

²⁸⁸ TJSP. Ap. Cív. 0010567-14.2010.8.26.0302. 6ª Câmara de Direito Privado. Relatora Des. Costabile e Solimene. J. em 30.06.2011.

²⁸⁹ Discorda-se da qualificação realizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso, as partes haviam condicionado o pagamento de R\$ 5.000,00 à venda de um imóvel para terceiros. Não havia, portanto, sujeição ao *puro arbitrio* de uma das partes, requisito indispensável à qualificação das condições potestativas ilícitas, como se viu na seção 1.1.2, *supra*.

²⁹⁰ CAM-CCBC 26/2013/SEC2. Tribunal Arbitral composto por Francisco Florence, Selma Lemes e Judith Martins-Costa. J. em 07.04.2015. A sentença arbitral se tornou pública através do ajuizamento de ação anulatória perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual foi julgada improcedente no início de 2018 (TJSP. Ap. Cív. 1088694-94.2015.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Des. Augusto Rezende. J. em 29.01.2018).

momento temporal de concretização do evento futuro e incerto. Neste caso, a aposição de tal condição implicaria a nulidade da integralidade do Contrato.

Nem sempre, no entanto, essa consequência é observada pela jurisprudência. No *caso da confissão de dívida inexigível*²⁹¹, as partes haviam celebrado instrumento de confissão de dívida, no qual estipularam que o pagamento seria realizado em data “futuramente avençada pelas partes”. O Superior Tribunal de Justiça qualificou a estipulação contratual como ‘puramente potestativa’, pois a cobrança da dívida demandaria atuação e cooperação do devedor. Como consequência dessa classificação, o STJ declarou incidentalmente a ineficácia da cláusula, aplicando as regras legais quanto ao tempo do pagamento. Não houve, portanto, anulação do negócio jurídico.

Portanto, a inclusão de condição potestativa ilícita em um negócio jurídico faz com que não haja declaração de vontade em se obrigar. Desse modo, o negócio jurídico é, em verdade, inexistente. Nada obstante, mesmo considerando a sanção estabelecida pela *littera* do Código Civil – qual seja, a nulidade –, esta contamina a totalidade do negócio jurídico. Essa consequência deve ser considerada ao se analisar o regime do ‘implemento ficto’ da condição, em tudo distinto da vedação às condições potestativas.

2.2.2. A distinção em relação ao ‘implemento ficto’ da condição

Certas vezes, condições são consideradas como potestativas por, em abstrato, poderem vir a sofrer a interferência de uma das partes no curso natural característico de seu período de pendência²⁹². A vedação às condições potestativas, todavia, deve ser claramente distinguida do implemento ficto da condição²⁹³: tanto os requisitos quanto as eficácias das figuras são distintos.

²⁹¹ STJ. REsp 1.489.913/PR. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. J. em 11.11.2014. No mesmo sentido, veja-se STJ. REsp 1.284.179/RJ. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. J. em 04.10.2011.

²⁹² Veja-se, nesse sentido, TJSP. Ap. Cív. 1010453-28.2017.8.26.0071. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Des. Augusto Rezende. J. em 21.05.2018. A remuneração de sócia participante de sociedade em conta de participação destinada ao desenvolvimento de empreendimento imobiliário havia sido condicionada ao valor global de vendas. O TJSP entendeu tratar-se de condição potestativa pura, por sujeitar a sócia participante a “aguardar evento incerto, a ocorrer segundo a conveniência e oportunidade da sócia ostensiva”, de forma que a sócia participante poderia, em tese, jamais ser remunerada. De forma semelhante: TJSP. Ap. Cív. 0032064-66.2010.8.26.0405. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. J.L. Mônaco da Silva. J. em 27.03.2013.

²⁹³ O alerta também é encontrado em ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de Minoria em Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 424, *in verbis*: “É preciso bem diferenciar, de um lado, a

O implemento ficto representa a sanção ao contratante que interfere no curso natural da condição – seja obstando seu implemento, seja induzindo-o. No Direito brasileiro, discute-se a necessidade de haver dolo no suporte fático do implemento ficto. Se, por um lado, os sistemas francês e italiano não exigem o elemento intencional²⁹⁴, por outro, o artigo 129 do Código Civil brasileiro emprega o advérbio “maliciosamente”. Isso justifica o posicionamento majoritário na doutrina brasileira a considerar necessária a presença do dolo²⁹⁵. Recentemente, contudo, foram prolatadas decisões em que se considerou desnecessária a ocorrência de dolo para a incidência do artigo 129 do Código Civil²⁹⁶.

Enquanto a pactuação de condições potestativas ilícitas implica a inexistência do negócio jurídico²⁹⁷, o implemento ficto tem por finalidade neutralizar a participação no curso natural da condição, considerando implementada a condição cuja verificação fora obstada por uma das partes (ou, ao revés, não-implementada a que teve sua verificação forçada).

Essa linha diferenciadora nem sempre é observada pela jurisprudência. Por exemplo, em 2011 o Superior Tribunal de Justiça não atentou a essa distinção ao julgar paradigmático caso a respeito da condição potestativa. Trata-se do *caso da revenda do jogador de futebol*²⁹⁸.

Dois clubes de futebol – Ituano e São Paulo – haviam celebrado, em novembro de 1993, a cessão dos direitos do jogador Juninho Paulista. Ituano receberia, em

potestatividade no implemento da condição (se o implemento da condição está ou não sujeito ao arbítrio da contraparte) e, de outro, as condições de verificação do seu implemento”.

²⁹⁴ Cf. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Précis de Droit Civil*. Tome II. 6ª ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Gal. des Lois et des Arrêts, 1897, p. 113; BERARDI, Daniele. *L'avveramento fittizio della condizione*. Tese de Doutorado apresentada à Università degli Studi di Padova. Orientador Prof. Luigi Garofalo. Padova, 2010, p. 149-150.

²⁹⁵ CARVALHO SANTOS, José Manuel. *Código Civil Brasileiro Interpretado*: principalmente sobre o ponto de vista prático. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 78-79; RAO, Vicente. *Atto Jurídico*. 4ª ed. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 293), registrando-se a posição divergente de TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado*. Conforme a Constituição da República. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 262.

²⁹⁶ TJSP. Ap. 1008094-35.2015.8.26.0602. 31ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Adilson de Araujo. Julgado em 26.07.2016; TJSP. Ap. 1005980-91.2015.8.26.0451. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Francisco Loureiro. J. em 30.08.2016.

²⁹⁷ Embora, como visto na seção 2.2.1, *supra*, preveja o artigo 123, II, do Código Civil a nulidade do negócio jurídico a que a condição se vincula.

²⁹⁸ STJ. REsp 291.631/SP. Terceira Turma. Relator Min. Castro Filho. J. em 04.10.2001. O caso é incidentalmente mencionado por TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil comentado conforme a Constituição da República*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250-251.

contrapartida, o valor de US\$ 350 mil. Caso o São Paulo cedesse os direitos a outro clube até o fim de 1994, deveria repassar ao Ituano 50% do lucro auferido; se a venda ocorresse em 1995, até o mês de agosto, seriam devidos 25% do lucro ao clube do interior paulista²⁹⁹.

Ocorre que, no mês de junho de 1995, o clube inglês Middlesbrough realizou oferta ao São Paulo no valor de US\$ 4,8 milhões. Alguns dias depois, o desenvolvimento das negociações implicou nova oferta, montando a US\$ 5 milhões. O São Paulo teria recusado a proposta “sem qualquer consulta ao parceiro Ituano”. Em outubro do mesmo ano, o mesmo clube inglês teria realizado nova proposta, oferecendo pagar US\$ 7,5 milhões pela transferência do jogador.

Tanto o magistrado de primeiro grau quanto o Tribunal de Justiça de São Paulo consideraram terem as partes pactuado condição suspensiva. Todavia, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão, considerando que o encadeamento fático tornaria “cristalino o conteúdo puramente potestativo do contrato, que impôs a uma das partes a condição, apenas e tão-somente, de mero espectador, em permanente expectativa, enquanto dava ao outro parceiro irrestritos poderes para decidir como bem lhe aprouvesse”³⁰⁰. Diante disso, o Ministro CASTRO FILHO apresentou seu voto para condenar o São Paulo a indenizar o Ituano em 25% do valor pago pelo clube inglês, descontados os US\$ 350 mil anteriormente recebidos pelo Ituano.

Neste aresto, o Superior Tribunal de Justiça cometeu, ao menos, duas inconsistências³⁰¹. A uma, considerou circunstâncias fáticas ocorridas após a pactuação da condição para analisar sua validade; a duas, cominou consequência indenizatória própria do implemento ficto da condição, e não da condição potestativa.

A decisão é criticada por Gabriel BUSCHINELLI, para quem, além do “erro fático” consistente em se ignorar a importância da delimitação do termo final para o implemento

²⁹⁹ O acórdão do Superior Tribunal de Justiça transcreveu a cláusula em questão: “Caso o São Paulo negocie o Atleta até o dia 31 de dezembro de 1994 o Ituano terá a participação de 50% (cinquenta por cento) do valor que ultrapassar os US\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil dólares americanos); No caso do São Paulo negociar o Atleta no período de 01 de janeiro de 1995 até 31 de agosto de 1995, a participação do Ituano será de 25% (vinte e cinco por cento) do valor que exceder US\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil dólares americanos)”.

³⁰⁰ Todas as expressões entre aspas constam do acórdão (STJ. REsp 291.631/SP. Terceira Turma. Relator Min. Castro Filho. J. em 04.10.2001).

³⁰¹ Em sentido contrário, entendendo que a decisão “é interessante e merece ser conhecid[a]”: PENTEADO JR., Cassio. Os Contratos de Atletas Profissionais à Luz do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Síntese Direito Desportivo*, n. 16, dez./2013-jan./2014, p. 21-24.

da condição, o STJ teria incorrido em “erro de ordem jurídica”, na medida em que não se poderia considerar a disposição contratual como condição potestativa³⁰². Com razão, conclui BUSCHINELLI que nem mesmo o implemento ficto da condição seria adequado ao caso, já que as propostas do clube inglês foram substancialmente incrementadas com o passar do tempo – fato que indicaria haver “fundamento racional na postura de postergar a transação”³⁰³.

Para manter a coerência com a fundamentação apresentada, deveria o STJ ter reconhecido a nulidade do negócio jurídico celebrado entre São Paulo e Ituano, e não reputar cumprida a condição³⁰⁴. A sanção à condição potestativa ilícita jamais pode ser o implemento da condição.

No *caso da retenção das parcelas restituíveis*³⁰⁵, discutia-se a abusividade de cláusula contratual que previa, em caso de extinção do contrato de compra e venda, que os valores pagos pelo adquirente do imóvel somente seriam restituídos quando do término da obra. O Superior Tribunal de Justiça considerou que a construtora auferiria vantagem com os valores retidos, pois poderia revender o imóvel antes da finalização da obra. Além disso, considerou que, caso a obra não fosse concluída, o consumidor ficaria “ao sabor da conveniência do contratante inadimplente”, o que revelava a potestatividade da cláusula.

Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu o *caso do financiador autoritário*³⁰⁶. Nivaldo de Almeida havia adquirido apartamento em Campo Grande, utilizando recursos de financiamento da Caixa Econômica Federal. Certo tempo depois, antes da quitação da operação de crédito, Nivaldo alienou o imóvel para um terceiro. O banco recusou-se a receber as prestações que, a partir daquele momento, passariam a ser pagas pelo terceiro, sustentando a aplicação de cláusula contratual que vedava a transferência do imóvel sem a sua anuência.

³⁰² BUSCHINELLI, Gustavo Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 224.

³⁰³ BUSCHINELLI, Gustavo Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 224.

³⁰⁴ Nesse sentido, também comentando o aresto: GUERRERO, Luis Fernando. “Da condição do termo e do encargo” e “dos defeitos do negócio jurídico” (vícios de consentimento). Releitura à luz do direito obrigacional empresarial. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 102, jun./2008, p. 23.

³⁰⁵ STJ. REsp 877.980/SC. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. J. em 03.08.2010. Em sentido semelhante, TJSP. Ap. Cív. 0019303-37.2009.8.26.0405. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. J.L. Mônaco da Silva. J. em 12.06.2013.

³⁰⁶ STJ. REsp 189.350/SP. Quarta Turma. Relator p/ Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha. J. em 18.12.2001.

O Ministro BARROS MONTEIRO apresentou seu voto no sentido de admitir a disposição contratual, por considerar obrigatória a intervenção do agente financeiro nesse tipo de operação. A divergência foi apresentada pelo Ministro Cesar ASFOR ROCHA, para quem a financiadora “poderia recusar fundamentadamente o financiamento”, mas não “apenas pelo fato de existir essa cláusula que veda a transferência do imóvel”. Ter-se-ia, assim, ferido o artigo 115 do Código Civil de 1916.

Em ambos os casos, os fundamentos apresentados pelos julgadores não diziam respeito propriamente à ‘potestatividade’ da condição, mas sim à possibilidade de um dos contratantes obstar seu implemento. Não havia, portanto, vedação pré-estabelecida pelo Ordenamento jurídico, pois a análise a respeito da interferência no curso natural da condição somente pode ser realizada de modo retrospectivo. Antes do ato obstativo da condição (ou indutivo de sua verificação), não há falar em vedação deduzida da possibilidade de que isso ocorra.

Em outro aresto, o TJSP analisou contrato de consórcio em que a expedição da carta de crédito estava condicionada à “análise e aprovação” da instituição financeira³⁰⁷. Esta, todavia, alegava que a contratante prestara informações falsas na sua declaração de renda, além de haver pendências financeiras no nome de seu esposo. Decidiu-se que a ausência de critérios objetivos para a negativa do crédito representava condição potestativa ilícita. A sanção, contudo, não foi a invalidade da condição, ou do negócio jurídico: o TJSP reputou cumprida a condição, condenando a instituição financeira a expedir a carta de crédito.

De modo semelhante, o TJSP decidiu em 2013 questão envolvendo o pagamento de comissão de corretagem³⁰⁸. Neste caso, os imóveis já tinham sido negociados, mas nenhum contrato de compra e venda havia sido celebrado entre a construtora e os adquirentes. O TJSP decidiu que condicionar o pagamento da comissão à celebração do contrato (“um detalhe formal, dependente do puro talante do réu”), representaria condição ilícita. Por isso, considerou verificada a condição, condenando a construtora a realizar o pagamento da comissão.

³⁰⁷ TJSP. Ap. Cív. 1018781-86.2014.8.26.0576. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Henrique Rodriguero Clavasio. J. em 02.09.2015.

³⁰⁸ TJSP. Ap. Cív. 0034713-58.2011.8.26.0602. 34ª Câmara de Direito Privado. Relatora Des. Rosa Maria de Andrade Nery. J. em 22.04.2013.

Verifica-se, dessa forma, que uma relação de proporcionalidade entre o implemento ficto e a invocação da condição potestativa: interpretações restritivas ao primeiro conduzem à expansão da utilização (indevida, reitere-se) da vedação às condições potestativas ilícitas. O implemento ficto é o instituto apropriado para se sancionar o exercício disfuncional de um direito atrelado à condição, não se podendo confundi-lo com a vedação às condições potestativas ilícitas.

Portanto, entende-se que a vedação às condições potestativas ilícitas não tem lugar quando houver condição resolutiva, ou quando depender exclusivamente do arbítrio do credor, pois o fundamento da vedação às condições potestativas é a impossibilidade de formar-se o vínculo contratual. Por isso, entende-se que o negócio jurídico seria inexistente, ainda que os artigos 122 e 123, II, do Código Civil a cominem de nulidade. Todavia, mesmo considerando a sanção legalmente prevista, haverá contaminação da nulidade a todo o negócio jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as diversas espécies de condição, esta monografia se ateve à análise das condições potestativas. Foram alcançadas conclusões a respeito da vedação estabelecida no Direito brasileiro a essas condições, sintetizando-se aqui as principais, ao compararse com as hipóteses que nortearam o objeto deste trabalho.

Inicialmente, abordou-se a definição de condição potestativa. Concluiu-se que voluntariedade, futuridade e incerteza são os elementos essenciais do gênero condição. Nesse sentido, defendeu-se que a possibilidade do evento não configura um requisito autônomo da condição, por estar contido na incerteza do evento. Além disso, explanou-se que a *condicio iuris* não pode ser considerada condição em sentido técnico.

Partindo dos elementos essenciais da condição, foram esclarecidas as particularidades da condição potestativa. Apesar de grande parte da doutrina adotar a classificação tripartite da condição conforme a natureza do evento condicionado, entende-se ser mais apropriada a bipartite. Aquela distingue entre condições causais, potestativas e mistas; esta, apenas entre potestativas e causais. Dessa forma, condições potestativas seriam todas aquelas em que há participação do arbítrio dos contratantes, enquanto a causal estaria atrelada exclusivamente ao acaso. As condições potestativas ilícitas não são verdadeiras condições, na medida em que se atrelam a negócio jurídico inexistente.

A análise jurisprudencial realizada indicou um elevado número de casos em que houve aplicação atécnica da condição potestativa, em especial mediante a utilização do artigo 122 do Código Civil a cláusulas contratuais que não eram condições, nem impediam a formação do vínculo negocial, bem como para sancionar direitos potestativos. Nada obstante, a experiência comparatista indica não se verificar a hipótese de que a ausência de definição precisa do Código Civil brasileiro é responsável por essa aplicação atécnica.

A segunda parte da monografia voltou-se ao objetivo específico deste trabalho: analisar a vedação às condições potestativas no Direito brasileiro, destacando o suporte fático exigido à aplicação do artigo 122, *in fine*, do Código Civil, bem como os efeitos disso decorrentes.

Como a finalidade da vedação às condições potestativas é sancionar a ‘condição’ que impede a formação do vínculo contratual, a análise jurisprudencial comprovou a hipótese de que se aplica a condição potestativa no Direito brasileiro de forma muito mais ampla do que o permitido pelo Ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a potestatividade do credor não deve ser sancionada, pois não preencheria o suporte fático do artigo 122, *in fine*, do Código Civil. Além disso, a função da vedação às condições potestativas impede o sancionamento de condições resolutivas compatíveis com a natureza do negócio, devendo-se aplicar a vedação apenas às suspensivas. Concluiu-se, ainda, não se poder atrelar a obrigação fundamental do contrato a condição potestativa ilícita.

Foram analisados os efeitos da vedação às condições potestativas no Direito brasileiro. Defendeu-se que a aposição de condição potestativa ilícita representa hipótese de inexistência do negócio jurídico, diante da ausência de declaração negocial. Foram apresentadas, ainda, as razões pelas quais a sanção prevista pelo artigo 123, II, do Código Civil, contamina a validade de todo o negócio jurídico, não se limitando à ‘condição’ ilícita. Por fim, concluiu-se que a utilização indevida do regime da condição potestativa está relacionada a restrições à utilização do regime do implemento ficto da condição no Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de Minoria em Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AFONSO, Ana Isabel. *A Condição*. Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda. Porto: Universidade Católica Editora, 2014.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: LIMA MARQUES, Cláudia (Coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Introducción y Parte General. 15ª ed. Barcelona: Bosch, 2002.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto López. *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e Direito*. O julgamento do mérito na arbitragem. São Paulo: Almedina, 2018.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 6, abr.-jun./1993.
- AMARAL, Francisco. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Direito Civil*. Introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir prescrição e decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*, vol. 14, 1960.
- AZEVEDO, Philadelpho. *Um Triênio de Judicatura*. Vol. III. São Paulo: Max Limonad, 1948.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARTIN, Étienne. *Théorie des Conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*. Paris: Arthur Rousseau, 1887.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Précis de Droit Civil*. Tomo II. 6^a ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Gal. des Lois et des Arrêts, 1897.

BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, abr.-jun./1997.

BÉNABENT, Alain. *Droit des Obligations*. 15^a ed. Paris: LGDJ, 2016.

BENETTI, Giovana Valentiniano. *Dolo por Omissão no Direito Civil Brasileiro: fundamentos, requisitos e efeitos*. Tese de Doutorado. Orientador Professor Dr. Francisco Paulo De Crescenzo Marino. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negozio Guiridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BERARDI, Daniele. *L'avveramento fittizio della condizione*. Tese de Doutorado apresentada à Università degli Studi di Padova. Orientador Prof. Luigi Garofalo. Padova, 2010.

BEVIÁ, Vicente Gimeno. *Las Condiciones en el Contrato de Compraventa de Empresa*. Navarra: Aranzadi, 2016.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2^a ed. Atualizado por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

BUSCHINELLI, Gustavo Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CAPITANT, Henri. *Introduction à l'Étude du Droit Civil*. Notions Générales. Paris: A. Pedone, 1898.

- CAPONETTI, Barbara. *La Condizione Potestativa e Meramente Potestativa: confronto con le figure del recesso e dell'opzione*. In: ALCARO, Francesco (Coord.). *La Condizione nel Contratto: tra 'atto' e 'attività'*. Padova: Cedam, 2008.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Tomo II. 2ª ed. Paris: PUF, 2017.
- CARNACCHIONI, Daniel. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CAROCIA, Francesca. *Il Paradigma della Condizione e le Dinamiche Negoziali*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado: principalmente sobre o ponto de vista prático*. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Doutrina e Prática das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1907.
- CESAR, José Augusto. *Ensaio sobre os Actos Juridicos*. Campinas: Genoud, 1913.
- CHIESI, Gianpaolo. *La Buona Fede in Pendenza della Condizione*. Padova: Cedam, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 2ª ed. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. *Instituições de Direito Civil Portuguez*. 4ª ed. Tomo I. Coimbra: Augusto Orcel, 1857.
- COELHO RODRIGUES, Antonio. *Código Civil Brasileiro*. Precedido de um projecto de lei preliminar. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.
- COSTANZA, Maria. *Condizione nel Contratto*. In: GALGANO, Francesco (Coord.). *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli, 1997.

- COUTO E SILVA, Almiro do. Atos Jurídicos de Direito Administrativo Praticados por Particulares e Direitos Formativos. In: COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 97, jan.-mar./1988.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- DEMOGUE, René. *Des Droits Éventuels, Hypothèses ou ils prennent naissance*. Nature et effets. Paris: Larose & Tenin, 1906.
- DEROUIN, Philippe. Pour une analyse “fonctionnelle” de la Condition. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 77, n. 1, jan.-mar./1978.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Tomo I. 11^a ed. Madrid: Tecnos, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. 31^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1983.
- DROSS, William. L'introuvable nullité des conditions potestatives. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 4, out.-dec./2007.
- ENNECERUS, Ludwig. *Derecho Civil*. Parte General. Vol. II. Atualizado por Hans Carl Nipperdey. Trad. espanhola de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Bahia: Reis & Co., 1908.
- _____. *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*. Vol. I. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918.

- _____. Condição. In: CARVALHO SANTOS, José Manuel; AGUIAR DIAS, José de. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. X. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.
- FALCÃO, Alcino Pinto. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959.
- FERNANDES, Camila Vicenci. A Obrigação Fundamental. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (Orgs). *Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- FERREIRA COELHO, A. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas do “Jornal do Brasil”, 1926.
- FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. O Tempo no Direito e o Direito no Tempo: provocação para uma relação entre direito e literatura a partir de um tema borgiano. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Narração e Normatividade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.
- FERRARA, Francesco. La Condizione Potestativa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, vol. 29, n. 1, 1931.
- FRADERA, Véra. Apresentação. In: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. de Véra Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Ineficácia das Cláusulas Abusivas no Sistema Brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Uma abordagem clássica. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 43, jul.-set./2002.
- FULGÊNCIO, Tito. *Programmas de Direito Civil*: primeiro anno do curso e primeira parte do segundo na Faculdade Livre de Direito de Belo Horizonte. 2ª ed. Belo Horizonte: Imprensa Official, 1921.
- GAMA, Affonso Dionysio. *Dos Actos Juridicos*. Theoria Elementar. São Paulo: Saraiva, 1922.
- 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 Ed., 2010.

- GHESTIN, Jacques. La Notion de Condition Potestative au Sens de l'Article 1174 du Code Civil. In: *Études dédiées à Alex Weill*. Paris: Dalloz-Litec, 1983.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GRAZIOLI, Giulio. Condizione. In: SCIALOJA, Vittorio; BONFANTE, Pietro. *Dizionario Pratico del Diritto Privato*. Vol. II. Milano: Francesco Vallardi, 1913-1939.
- GUEIROS, Nehemias. *Da Condição em face do Código Civil*. Recife: Jornal do Commercio, 1935.
- GUERRERO, Luis Fernando. “Da condição do termo e do encargo” e “dos defeitos do negócio jurídico” (vícios de consentimento). Releitura à luz do direito obrigacional empresarial. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 102, jun./2008.
- HAICAL, Gustavo. Apontamentos sobre o Direito Formativo Extintivo de Denúncia no Contrato de Agência. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- HOHFELD, Wesley N. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, vol. 26, n. 8, 1917.
- IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de Compra ou Venda de Ações*. Natureza Jurídica e Tutela Executiva Judicial. São Paulo: Almedina, 2018.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial. São Paulo: Edição do Autor, 1986.
- LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Revista dos Tribunaes, 1916.
- LATINA, Mathias. *Essai sur la Condition en Droit des Contrats*. Paris: LGDJ, 2009.
- LINS, Jair. Alguns commentarios sobre o artigo 115 do Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, vol. 38, jan.-jun./1922.

- LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LOMBARDO, Stefano. Clausola di opzione. In: CONFORTINI, Massimo (Coord.). *Clausole Negoziali: profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*. Torino: UTET, 2017.
- LOPES DE OLIVEIRA, José Maria Leoni. *Direito Civil*. Parte Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As Condições no Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. Critérios para a sua Aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. *A Boa-Fé no Direito Privado*. Critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. Autoridade e Utilidade da Doutrina. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. Contrato de Cessão e Transferência de quotas. Acordo de Sócios. Pactuação de Parcela variável do Preço Contratual Denominada Earn Out. Características e Função ('Causa Objetiva') do Earn Out. Parecer. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 42, jul.-set./2014.
- _____. A cláusula de Buy or Sell na perspectiva do direito das obrigações. In: VENÂNCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (Orgs.). *Lei das S.A. em seus 40 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- _____. Apresentação. In: MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição Suspensiva*. Função, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017.

- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. Cinquantième Leçon. In: *Leçons de Droit Civil*. Tomo II. Vol. I. 9ª ed. Paris: Montchrestien, 1994.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Vol. II. 4ª ed. Coimbra: Almedia, 2014.
- MILHAC, Olivier. *La Notion de Condition dans les Contrats à titre Onéreux*. Paris: LGDJ, 2001.
- MIRANDA, Custódio Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *Direito Romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NERY JR., Nelson. Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. “Integração” de lacunas contratuais: em busca de um método. Tese de Doutorado. Orientador Professor Dr. Cristiano de Sousa Zanetti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2018.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PENTEADO JR., Cassio. Os Contratos de Atletas Profissionais à Luz do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Síntese Direito Desportivo*, n. 16, dez./2013-jan./2014.

- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Negócios jurídicos com eficácia limitada e o novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). *Questões Controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007.
- PINTO COELHO, José Gabriel. *Das Clausulas Accessorias dos Negócios Jurídicos*. Vol. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1909.
- PIVA, Luciano Zordan. *O Earn-Out na Compra e Venda de Participações Societárias*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador Professor Gerson Branco. Porto Alegre, 2018.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLI. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LVI. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des Obligations*. Tomo I. Paris: Debure, 1764.
- RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 4ª ed. Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- RIBEIRO FILHO, Basileu. *Condição Potestativa Pura e Indeterminação da Prestação*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1949.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. I. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

- SEFTON-GREEN, Ruth. *La Notion d'Obligation Fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Parecer n. 5. In: *Obrigações e Contratos*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. Parecer n. 14. In: *Obrigações e Contratos*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. Parecer n. 26. In: *Obrigações e Contratos*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SORRENTINO, Paolo; CONTARELLO, Umberto. *La Grande Bellezza*. Milano: Skira, 2013.
- SOUSA RIBEIRO, Joaquim. O Controlo do Conteúdo do Contrato. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 42, 2005.
- SOUTULLO, Carmen Arija. *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva*. Granada: Comares, 2000.
- SOUZA, Inglez de. Compra e Venda a Termo. Condição Potestativa. Opção. *Revista dos Tribunais*, vol. 8, dez./1913.
- TATARANO, Giovanni. La condizione. In: *Condizione e Modus*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado*. Conforme a Constituição da República. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. A cláusula de melhores esforços e a lealdade contratual. In: *Soluções Práticas de Direito: Pareceres*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*. Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1952.
- VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; VISCONTE, Debora; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Trabalhos do XV Congresso Internacional de Arbitragem: Consentimento na Arbitragem Internacional*. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2017.
- VAMPRÉ, Spencer. *Manual de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1920.
- VELOSO, Zeno. *Condição, Termo e Encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VENTURA RIBEIRO, Renato. *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- VON TUHR, Andreas. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. espanhola de Wenceslao Roces. Granada: Comares, 2006.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CASOS CITADOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STF. RE 13.893/DF. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Gallotti. J. em 27.11.1950.

STF. RE 21.662/RS. Segunda Turma. Relator Min. Lafayette de Andrada. J. em 14.11.1952.

STF. RE 24.991/SP. Segunda Turma. Relator Min. Orozimbo Nonato. J. em 08.06.1954.

STF. RE 25.720/SP. Primeira Turma. Relator Min. Ribeiro da Costa. J. em 28.06.1954.

STF. RE 24.407/DF. Segunda Turma. Relator Min. Afrânio Costa. J. em 27.07.1954.

STF. RE 25.899/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Hahnemann Guimarães. J. em 05.04.1955.

STF. RE 36.063/SP. Primeira Turma. Relator Min. Ary Franco. J. em 21.11.1957.

STF. AI 26.970/SP. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Gallotti. J. em 06.09.1962.

STF. RE 54.016/RJ. Segunda Turma. Relator Min. Ribeiro da Costa. J. em 23.08.1963.

STF. RE 53.049/MG. Primeira Turma. Relator Min. Luiz Gallotti. J. em 20.10.1964.

STF. AI 32.509/SP. Segunda Turma. Relator Min. Pedro Chaves. J. em 31.05.1966.

STF. RE 58.569/RJ. Terceira Turma. Relator Min. Hermes Lima. J. em 17.03.1967.

STF. QO em AC 70-0/RS. Tribunal Pleno. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. em 25.09.2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ. REsp 20.982/MG. Relator Min. Dias Trindade. Relator p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro. J. em 10.11.1992 – o “caso do Iate Clube”.

- STJ. REsp 87.762/AL. Terceira Turma. Relator Min. Costa Leite. J. em 14.05.1996 – o “caso dos juros pós-fixados”.
- STJ. REsp 88.994/RS. Terceira Turma. Relator Min. Eduardo Ribeiro. J. em 05.10.1999.
- STJ. AgRg no Ag 213.602/RJ. Quarta Turma. Relator Min. Barros Monteiro. J. em 13.06.2000.
- STJ. REsp 189.350/SP. Quarta Turma. Relator p/ Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha. J. em 18.12.2001 – o “caso do financiador autoritário”.
- STJ. REsp 291.631/SP. Terceira Turma. Relator Min. Castro Filho. J. em 04.10.2001 – o “caso da revenda do jogador de futebol”.
- STJ. REsp 220.608/SP. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. em 04.12.2001 – o “caso da doação revogável”.
- STJ. REsp 145.078/SP. Quarta Turma. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. J. em 13.12.2005 – o “caso da correção monetária a critério da financiadora”.
- STJ. AgRg no AgRg no Ag 652.503/RJ. Sexta Turma. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. em 20.09.2007 – o “caso do imóvel inadequado”.
- STJ. REsp 877.980/SC. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. J. em 03.08.2010 – o “caso da retenção das parcelas restituíveis”.
- STJ. REsp 970.143/SC. Quarta Turma. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. J. em 15.02.2011 – o “caso do apartamento do casal divorciado”.
- STJ. REsp 1.284.179/RJ. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrichi. J. em 04.10.2011.
- STJ. REsp 1.314.209/SP. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrichi. J. em 22.05.2012 – o “caso do plano de recuperação judicial benéfico”.
- STJ. REsp 1.306.367/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. J. em 20.03.2014 – o “caso da apólice não emitida”.
- STJ. REsp 1.426.857/RJ. Quinta Turma. Relatora Min. Regina Helena Costa. J. em 13.05.2014 – o “caso da fiança eterna”.

STJ. REsp 1.489.913/PR. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. J. em 11.11.2014 – o “caso da confissão de dívida inexigível”.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP. Ap. Cív. 9065115-59.1993.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Luiz Sabatto. 22.03.1995.

TJSP. EI 9078344-52.1994.8.26.0000. 8ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Franklin Nogueira. J. em 22.04.1998.

TJSP. Ag 0017776-87.1998.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Tersio Negrato. J. em 23.11.1998.

TJSP. Ap. Cív. 9042665-83.1997.8.26.0000. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Ricardo Teixeira Brancato. J. em 07.04.1999.

TJSP. Ag 0015710-03.1999.8.26.0000. 5ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Carlos Luiz Bianco. J. em 05.05.1999.

TJSP. EI 9137372-09.1998.8.26.0000. 8ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Rubens Cury. J. em 10.05.2000.

TJSP. Ap. Cív. 0008782-02.2000.8.26.0000. 2ª Câmara de Férias de Julho de 2000. Relator Des. João Alberto Tedesco. J. em 19.07.2000.

TJSP. Ap. Cív. 9167551-86.1999.8.26.0000. 8ª Câmara de Férias de Julho de 2000. Relator Des. Franklin Nogueira. J. em 16.08.2000.

TJSP. EDcl 0055009-21.1998.8.26.0000. 1ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Correia Lima. J. em 11.06.2001.

TJSP. Ap. Cív. 0012203-97.2000.8.26.0000. 10ª Câmara Cível. Relator Des. Rosa Maria de Andrade Nery. J. em 07.11.2001.

TJSP. Ap. Cív. 9094639-28.1998.8.26.0000. Relator Des. Campos Mello. J. em 20.11.2001.

- TJSP. Ap. Cív. 9074608-79.2001.8.26.0000. 7ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Onofre Barreto de Moura. J. em 26.02.2002.
- TJSP. Ap. Cív. 9071507-05.1999.8.26.0000. 1ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Correia Lima. J. em 22.04.2002.
- TJSP. Ap. Cív. 9150598-42.2002.8.26.0000. 3ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira. J. em 13.08.2002.
- TJSP. Ag 0027387-25.2002.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Antonio Marson. J. em 19.09.2002.
- TJSP. Ag 0015710-03.1999.8.26.0000. 5ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Carlos Luiz Bianco. J. em 19.02.2003.
- TJSP. Ap. Cív. 9095591-70.1999.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Melo Colombi. J. em 23.10.2003.
- TJSP. Ap. Cív. 9095591-70.1999.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Melo Colombi. J. em 13.11.2003.
- TJSP. Ap. Cív. 9121794-30.2003.8.26.0000. 10ª Câmara de Férias de Janeiro de 2004. Relator Des. Simões de Vergueiro. J. em 10.02.2004.
- TJSP. EDcl 0044636-52.2003.8.26.0000. 6ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Candido Alem. J. em 17.02.2004.
- TJSP. Ap. Cív. 9118132-97.1999.8.26.0000. 7ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Onofre Barreto de Moura. J. em 02.03.2004.
- TJSP. Ag 0091517-87.2003.8.26.0000. 10ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Enio Zuliani. J. em 02.03.2004.
- TJSP. Ap. Cív. 9116206-81.1999.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Vasconcellos Boselli. J. em 24.06.2004.
- TJSP. Ap. Cív. 0068445-71.2003.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Vasconcellos Boselli. J. em 26.08.2004.

- TJSP. Ap. Cív. 0021678-14.1999.8.26.0000. 11ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Vasconcellos Boselli. J. em 16.09.2004.
- TJSP. Ap. Cív. 9073553-64.1999.8.26.0000. 10ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. José Luiz Germano. J. em 15.02.2005.
- TJSP. Ap. Cív. 9043282-09.1998.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Renato Gomes Corrêa. 23.02.2005.
- TJSP. Ap. Cív. 913668328.1999.8.26.000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. Rizzatto Nunes. J. em 16.03.2005.
- TJSP. EDcl 0039468-11.1999.8.26.0000. 4ª Câmara (Extinto 1º TAC). Relator Des. José Marcos Marrone. J. em 27.04.2005.
- TJSP. Ap. Cív. 9061102-70.2000.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Tatiana Teixeira de Oliveira. J. em 03.05.2005.
- TJSP. Ap. Cív. 9167723-86.2003.8.26.0000. 17ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Antônio Marcelo Cunzolo Rimola. J. em 27.10.2005.
- TJSP. Ap. Cív. 9180008-82.2001.8.26.0000. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Paulo Hatanaka. J. em 13.12.2005.
- TJSP. Ap. Cív. 9199982-32.2006.8.26.0000. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Paulo Hatanaka. J. em 09.05.2006.
- TJSP. Ap. Cív. 9174786-31.2004.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Marcus Andrade. J. em 11.10.2006.
- TJSP. Ap. Cív. 9072291-35.2006.8.26.0000. 19ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Paulo Hatanaka. J. em 07.11.2006.
- TJSP. Ap. Cív. 9104991-69.2003.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Privado. Relatora Des. Ana Liarte. J. em 07.12.2006.
- TJSP. Ap. Cív. 9149192-83.2002.8.26.0000. 13ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Heraldo de Oliveira. J. em 27.06.2007.

- TJSP. Ap. Cív. 9176411-95.2007.8.26.0000. 20ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Ramon Mateo Júnior. J. em 25.02.2008.
- TJSP. Ap. Cív. 0018117-35.2006.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Claudio Lima Bueno de Camargo. J. em 18.07.2008.
- TJSP. Ap. Cív. 9232717-50.2008.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 22.08.2008.
- TJSP. Ap. Cív. 9294007-66.2008.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 22.08.2008.
- TJSP. Ap. Cív. 9082208-44.2007.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 26.09.2008.
- TJSP. Ap. Cív. 9083976-05.2007.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 26.09.2008.
- TJSP. Ap. Cív. 9167653-93.2008.8.26.0000. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Luiz Germano. J. em 26.09.2008.
- TJSP. Ap. Cív. 9053271-58.2006.8.26.0000. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Marcos Marrone. J. em 15.09.2010.
- TJSP. Ap. Cív. 9139564-26.2009.8.26.0000. 37ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Roberto Mac Cracken. J. em 16.09.2010.
- TJSP. Ag 0304999-74.2010.8.26.0000. 8ª Câmara Cível. Relator Des. Elliot Akel. J. em 23.11.2010.
- TJSP. Ap. Cív. 0010567-14.2010.8.26.0302. 6ª Câmara de Direito Privado. Relatora Des. Costabile e Solimene. J. em 30.06.2011.
- TJSP. Ap. Cív. 9107843-27.2007.8.26.0000. 23ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. José Marcos Marrone. J. em 08.08.2012.
- TJSP. Ap. Cív. 9078995-93.2008.8.26.0000. 7ª Câmara de Direito Público. Relator Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza. J. em 18.02.2013.

- TJSP. Ap. Cív. 0032064-66.2010.8.26.0405. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. J.L. Mônaco da Silva. J. em 27.03.2013.
- TJSP. Ap. Cív. 0034713-58.2011.8.26.0602. 34ª Câmara de Direito Privado. Relatora Des. Rosa Maria de Andrade Nery. J. em 22.04.2013.
- TJSP. Ap. Cív. 0019303-37.2009.8.26.0405. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. J.L. Mônaco da Silva. J. em 12.06.2013.
- TJSP. Ap. Cív. 0009132-50.2011.8.26.0114. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Cesar Ciampolini. J. em 27.08.2013.
- TJSP. Ap. Cív. 0202518-53.2012.8.26.0100. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Edgard Rosa. J. em 20.03.2014.
- TJSP. Ag 2107636-06.2014.8.26.0000. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Henrique Rodrigo Clavisio. J. em 20.08.2014.
- TJSP. Ap. Cív. 0184196-53.2010.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Des. Claudio Godoy. J. em 09.12.2014.
- TJSP. Ap. Cív. 0035951-69.2011.8.26.0196. 30ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Andrade Neto. J. em 17.06.2015.
- TJSP. Ap. Cív. 1018781-86.2014.8.26.0576. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Henrique Rodrigo Clavisio. J. em 02.09.2015.
- TJSP. Ap. Cív. 1046552-75.2015.8.26.0100. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Claudio Godoy. J. em 20.10.2015.
- TJSP. Ap. Cív. 4026231-52.2013.8.26.0224. 12ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Tasso Duarte de Melo. J. em 10.02.2016.
- TJSP. Ap. Cív. 1006365-31.2015.8.26.0292. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Luiz Antonio Costa. J. em 02.06.2016.
- TJSP. Ap. 1008094-35.2015.8.26.0602. 31ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Adilson de Araujo. Julgado em 26.07.2016.

- TJSP. Ap. Cív. 1010928-89.2015.8.26.0576. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Luiz Antonio Costa. J. em 05.08.2016.
- TJSP. Ap. 1005980-91.2015.8.26.0451. 1ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Francisco Loureiro. J. em 30.08.2016.
- TJSP. Ap. Cív. 1004240-74.2015.8.26.0071. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Hugo Crepaldi. J. em 17.11.2016.
- TJSP. Ag Int 2216149-97.2016.8.26.0000. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Henrique Rodrigo Clavisio. J. em 10.01.2017.
- TJSP. Ap. Cív. 1009059-41.2015.8.26.0625. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Luiz Antonio Costa. J. em 12.01.2017.
- TJSP. EDcl 1006374-24.2014.8.26.0002. 34ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Nestor Duarte. J. em 09.08.2017.
- TJSP. Ap. Cív. 0113284-65.2009.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Des. Claudio Godoy. J. em 27.11.2017.
- TJSP. Ap. Cív. 1088694-94.2015.8.26.0100. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Des. Augusto Rezende. J. em 29.01.2018.
- TJSP. Ap. Cív. 1010453-28.2017.8.26.0071. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Des. Augusto Rezende. J. em 21.05.2018.
- TJSP. Ag 2231992-05.2016.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Gilberto Leme. J. em 29.05.2018.

CASOS ESTRANGEIROS

- Corte di Cassazione del Regno. 31 luglio 1939, n. 2966. In: *Il Foro Italiano*, vol. 65, 1940.

SENTENÇAS ARBITRAIS

CAM-CCBC 26/2013/SEC2. Tribunal Arbitral composto por Francisco Florence, Selma Lemes e Judith Martins-Costa. J. em 07.04.2015.

CAM-CCBC 15/2013/SEC3. Tribunal Arbitral composto por Adriana Braghetta, Maristela Basso e Frederico Straube. J. em 24.04.2015.

ICC 16958. In: *ICC Dispute Resolution Bulletin*, n. 2, 2016.