

RAFAEL VILLAR GAGLIARDI

A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2006

RAFAEL VILLAR GAGLIARDI

A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Renan Lotufo.

SÃO PAULO – 2006

Banca Examinadora

Agradecimentos

Gostaria de agradecer ao Professor Renan Lotufo a dedicação a mim dispensada e a orientação segura. Agradeço, também, aos doutores José Edgard da Cunha Bueno Filho, Lauro Ayrosa de Paula Assis Jr., Leonel Affonso Jr., Luiz Fernando Henry Sant'Anna e Marcio Gomez Martin, bem como a todos os incansáveis companheiros de advocacia do setor contencioso cível do Demarest e Almeida Advogados.

Dedicatória

Dedico este trabalho à vovó Mea, incentivadora primeira e maior do hábito da leitura e de quem herdei o gosto pelo estudo; à Jussara, minha mãe, cujo espírito de luta é uma inspiração contínua; aos meus tios Paulo César (Ninho) e Maitê, pela presença constante em minha vida; ao Bruno, meu irmão, exemplo de renovação e perseverança; e às minhas irmãs, Tata e Cami, que mesmo de longe são fonte de alegria e rejuvenescimento.

RESUMO

Inspirado pela nova orientação jusprivatista de matiz constitucional, mas sem descuidar da milenar construção doutrinária de referência, este trabalho aborda os diversos aspectos da exceção de contrato não cumprido e de seus institutos correlatos, nomeadamente, exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente e exceção de insegurança. Além de retomar a valiosa doutrina tradicional, visou-se à releitura dos institutos à luz do Código Civil.

O estudo partiu da análise contextualizada da exceção de contrato não cumprido no universo das diferentes espécies de exceção. Superada esta etapa, procurou-se delimitar a noção nuclear do instituto sob enfoque e de seus *subprodutos*, distinguindo-os de outros congêneres, em nome de uma maior precisão técnica, estabelecendo-se, ainda, os requisitos de incidência, os efeitos de sua oposição e as respectivas formas de extinção.

Postos os fundamentos dos institutos, as atenções foram voltadas à harmonização das exceções escrutinadas à nova visão do contrato enquanto fenômeno social, sob o influxo da função social do contrato. Tudo para, enfim, concluir pela necessidade de alargamento do conceito de *parte* – ou do correspondente estreitamento da noção de *terceiro* – assim na teoria geral dos contratos, como nos institutos analisados. Tal se dará quando, mesmo à míngua de convenção expressa, existam contratos coligados por uma causa comum, isto é, inseridos numa operação econômica e postos sob a mesma causa *supracontratual*. Isso, como forma de buscar a justiça contratual, escopo último da função social do contrato, pelo afrouxamento das amarras que prendiam a teoria contratual tradicional ao culto cego da autonomia da vontade.

ABSTRACT

Inspired by the recent constitutional focus on private law, without, however, dismissing long-standing doctrinal construction, this paper addresses the various aspects of *exceptio non adimpleti contractus* and its related rules, notably *exceptio non rite adimpleti contractus* and pleas of insecurity. In addition to recovering traditional doctrine, which is undeniably valuable, it also seeks to revisit the rules in light of the Civil Code.

The study begins with a contextualized analysis of *exceptio non adimpleti contractus* within the sphere of the different types of *exceptio*. After this analysis, it seeks to clearly define the central notion of the rule in question and its *sub-products*, distinguishing them from other similar ones in the name of greater technical accuracy, while also establishing the requisites for application, the effects of its use, and the respective forms of dismissal.

Once grounds for the rules have been established, attention is then turned to reconciling the legal exceptions in question with the new view of contracts as a social phenomenon, under the influence of contracts' social function. All this is done, in the end, to conclude that there is a need to broaden the concept of *party* – or, correspondingly, to narrow the notion of *third party* – in both the general theory of contracts and the rules analyzed. This shall occur whenever, even in the absence of an expressed agreement, there are contracts united under a common cause; that is, part of an economic transaction and placed under the same *supra-contractual* cause. This as a means of seeking contractual justice, the ultimate scope of the social function of contracts, by loosening the ties that bind contractual theory to the blind cult of free will.

SUMÁRIO

RESUMO	II
ABSTRACT	III
1. INTRODUÇÃO	1
2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	7
2.1. CONCEITO DE EXCEÇÃO	7
2.2. AS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS	11
2.3. CLASSIFICAÇÃO DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS	14
2.3.1. EXCEÇÕES PEREMPTÓRIAS E EXCEÇÕES DILATÓRIAS	14
2.3.2. EXCEÇÕES PESSOAIS E EXCEÇÕES REAIS	17
2.3.3. EXCEÇÕES AUTÔNOMAS E EXCEÇÕES DEPENDENTES	18
3. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	21
3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	21
3.1.1. O DIREITO ROMANO	21
3.1.2. OS GLOSADORES	24
3.1.3. O DIREITO CANÔNICO	25
3.1.4. PERÍODO POSTERIOR AO DIREITO CANÔNICO	27
3.1.5. DIREITO MODERNO. ESTUDOS COMPARADOS	28
3.1.6. A POSIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	37
3.2. NOÇÃO INICIAL DE EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	41
3.2.1. A DOCTRINA ESTRANGEIRA	41
3.2.2. A DOCTRINA NACIONAL	43
3.2.3. PROPOSTA INICIAL DE CONCEITO	46
3.3. NATUREZA JURÍDICA DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	47
3.4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	52
3.4.1. AS DIVERSAS TEORIAS	54
3.4.2. SOLUÇÃO RACIONAL DO PROBLEMA	59
4. INSTITUTOS CONGÊNERES	69
4.1. COMPENSAÇÃO	69
4.2. DIREITO DE RETENÇÃO	72
4.3. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA TÁCITA	78
5. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	86
5.1. O VÍNCULO SINALAGMÁTICO	91
5.1.1. CONTRATOS BILATERAIS (DISTINÇÃO DOS UNILATERAIS E DOS BILATERAIS IMPERFEITOS)	91
5.1.2. A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SINALAGMA	109
5.1.3. O SINALAGMA E A SUA MODERNA CONCEPÇÃO	111

5.1.4. ASPECTOS GENÉTICO E FUNCIONAL DO SINALAGMA	112
5.1.5. OS DITOS SINALAGMAS CONDICIONAL E IMPERFEITO	116
5.1.6. SÍNTESE DO CAMPO DE ATUAÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	120
5.2. COETANEIDADE DO ADIMPLEMENTO.....	122
5.2.1. A INFLUÊNCIA DO TEMPO.....	123
5.2.2. A ORDEM NA EXECUÇÃO DAS PRESTAÇÕES. A NÃO SIMULTANEIDADE	124
5.2.3. OS CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA	125
5.3. INADIMPLEMENTO.....	128
5.3.1. CONCEITO DE INADIMPLEMENTO	130
5.3.1.1. INADIMPLEMENTO ABSOLUTO. TOTAL E PARCIAL	132
5.3.1.2. INADIMPLEMENTO RELATIVO. MORA	135
5.3.1.3. INFLUÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA MORA. TAMBÉM O ADIMPLEMENTO RUIM	142
5.3.1.4. INADIMPLEMENTO ANTECIPADO	148
5.3.1.5. EXCEÇÃO DE CONTRATO CUMPRIDO INSATISFATORIAMENTE: <i>EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS</i>	153
5.4. BOA-FÉ OBJETIVA: A RELEVÂNCIA DO INADIMPLEMENTO E A PROPORCIONALIDADE DO REMÉDIO SINALAGMÁTICO.....	157
6. A EXCEÇÃO DE INSEGURANÇA	165
6.1. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO	165
6.2. REQUISITOS ESPECÍFICOS	168
6.3. OUTRAS DISTINÇÕES	176
7. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, OS CONTRATOS COLIGADOS E A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO.....	179
7.1. ÂMBITO INTERNO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	180
7.2. ÂMBITO EXTERNO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	185
7.2.1. A OPOSIÇÃO DE TERCEIROS PREJUDICADOS	185
7.2.2. O PONIBILIDADE DO CONTRATO A TERCEIROS. O CONTRATO COMO FATO SOCIAL.....	187
7.2.3. OS CONTRATOS COLIGADOS: AS REDES CONTRATUAIS.....	195
7.2.3.1. AS DIVERSAS FORMAS DE VINCULAÇÃO ENTRE OS CONTRATOS	208
7.3. OPOSIÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO EM CONTRATOS COLIGADOS	210
8. EFEITOS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO ENTRE AS PARTES E PERANTE TERCEIROS	220
8.1. EFEITOS ENTRE AS PARTES	220
8.2. EFEITOS COM RELAÇÃO A TERCEIROS.....	224
9. AS CAUSAS IMPEDITIVAS E AS CAUSAS TERMINATIVAS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	227
9.1. DISTINÇÃO ENTRE CAUSAS IMPEDITIVAS E TERMINATIVAS.....	227
9.2. CAUSAS IMPEDITIVAS	228
9.2.1. RENÚNCIA.....	228
9.2.1.1. CLÁUSULA <i>SOLVE ET REPETE</i>	233
9.2.2. PRESCRIÇÃO	235
9.3. CAUSAS EXTINTIVAS.....	241
9.3.1. ADIMPLEMENTO.....	244
9.3.2. NOVAÇÃO	248
9.3.3. IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO	252

10. ASPECTOS PROCESSUAIS	256
10.1. O ÔNUS DA PROVA	256
10.2. O JULGAMENTO DA DEMANDA	264
11. À GUIA DE CONCLUSÃO	271
12. BIBLIOGRAFIA	275

1. INTRODUÇÃO

O contratante inadimplente não pode exigir da parte contrária a prestação contratada. A regra é intuitiva e reputada verdadeiramente universal¹. Suas origens são remotíssimas e, mesmo naqueles ordenamentos que não lhe consagram qualquer regra positivada, sua essência tem aplicação remansosa.

A universalidade explica-se, em parte, pelo fato de a regra que nela se traduz deitar raízes firmes e diretas no princípio da eqüidade. Esse foi, inclusive, o campo sobre o qual a *exceptio non adimpleti contractus* encontrou fértil desenvolvimento pelas mãos dos canonistas.

No Brasil, fora já prevista no Código Civil de 1916 e reprisada, na essência, no Código de 2002, que lhe dedicou os artigos 476 e 477, este último especificamente voltado à exceção de insegurança.

Malgrado a sua importância, tanto teórica quanto prática, o instituto não vem merecendo mais do que abordagens pontuais na doutrina brasileira. Salvo honrosas exceções, como a obra do saudoso Professor Miguel Maria de Serpa Lopes, de 1959, os autores brasileiros não lhe dedicam mais do que algumas páginas em manuais. Embora todos eles refiram-se a ela em algum momento, fato é que questões importantes passam ao largo de exame mais acurado.

¹ Massnata, Hector. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 21, subscrevendo afirmação de Lodovico Barassi, na obra *Teoría generale delle obbligazioni*, v. III, p. 1.169.

Essa lacuna torna-se mais visível quando se considera apenas os trabalhos editados sob a vigência do Código Civil. Isto porque, mais do que simples alterações de palavras em textos legais, a nova codificação positivou e reforçou princípios informadores do Direito Civil por influência direta do Texto Constitucional. Não bastam, portanto, meras atualizações das citações de artigos do Código Civil de 1916. Manter a modernidade dos textos anteriores ao Código Civil requer a revisão profunda dos escritos à luz dos princípios informadores de todo o sistema de Direito Privado.

É que a promulgação do Código Civil, reafirmando a nova principiologia do Direito Civil iniciada com a Constituição Federal de 1988, causou profundos impactos na teoria geral dos contratos, exigindo uma releitura de todos os seus institutos.

Sabe-se hoje que a teoria contratual tradicional foi idealizada para servir a um modelo social que não mais existe. A revolução industrial, a urbanização da sociedade, o progresso dos pós-guerras, o surgimento das economias de massa, a globalização, os comércios internacional e eletrônico, o progresso tecnológico, principalmente dos meios de comunicação, dentre outros fenômenos, trouxeram drásticas transformações não só à economia, mas também à própria estrutura social.

Incapaz de acompanhar as vertiginosas mudanças sociais, o Direito Civil quedou alijado por um verdadeiro abismo das demandas sociais a que deveria responder e fielmente refletir. As desigualdades, os monopólios, os grupos empresariais e as redes de contratos, o crescimento da complexidade das relações jurídicas e sociais tornaram mais do que obsoleta a teoria contratual de

inspiração liberal. Devido a esse descompasso, o contrato, em sua concepção tradicional, mergulhou em profunda crise.

A necessidade de revisar os conceitos tradicionais do Direito Civil, não só em sua parte geral, mas também em seus recônditos específicos, como o Direito de Família, o Direito das Coisas e, âmbito que interessa ao presente, o Direito dos Contratos, é tão patente quanto resistida por um sentimento de apego à certeza e ao cientificismo seguro de raiz oitocentista.

Em sua concepção clássica, as grandes categorias abstratas generalizantes do Direito Civil não mais resistem, salvo na nomenclatura, ao duro choque com a realidade social. O direito de propriedade, como soma das faculdades de usar, fruir, gozar e abusar, ilimitadamente, não mais se sustenta. Velhos conceitos, antes transmitidos com ares de absolutismo, sucumbiram à vala do relativismo, da ponderação e da funcionalização, em prol de uma convivência mais harmônica e de uma flexibilização eqüitativa.

E essa evolução de velhos conceitos não deveria causar espanto, a não ser devido ao já mencionado apego ao cientificismo de inspiração oitocentista, ao modelo das grandes codificações consideradas completas e exaurientes das situações que a vida real, infinita em sua diversidade, poderia apresentar. Trata-se de uma resposta natural às mudanças sociais e às novas características das relações interprivadas.

Nesse processo de evolução, também a teoria contratual vê-se em transformação, numa etapa de releitura de conceitos e fundamentos, na esteira dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da justiça social, inclusive como fundamentos da ordem econômica e da livre

iniciativa. Verifica-se o movimento de alteração do núcleo valorativo do Direito dos Contratos e do Direito Privado em geral.

Conferindo renovado ânimo a esse processo, o Código Civil passou a desempenhar um novo papel no cenário do ordenamento jurídico privado, outorgando maior concretude aos já efetivos princípios constitucionais. No âmbito do Direito dos Contratos, verificou-se a cristalização da passagem da autonomia da vontade para a autonomia privada e a positivação da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Esses novos princípios começaram a ter destaque nas transformações já concretizadas e naquelas ainda em processamento da teoria contratual, incorporando a pedra de torque da superação de velhas idéias, como a santidade do contrato, o absolutismo das regras *pacta sunt servanda* e *res inter alios acta*, dentre outras.

O contrato não obriga simplesmente por representar a palavra dada. Obriga, sim, porque, além de representar a palavra dada, tem uma função social, pois foi negociado, celebrado e executado nos padrões da boa-fé objetiva, não ofende a ordem pública nem tampouco os bons costumes. É, em suma, digno da tutela estatal.

Essas transformações não poderiam deixar de impactar profundamente o estudo da exceção de contrato não cumprido, como parte da teoria geral dos contratos. Não se duvida de que os fundamentos, as características e a estrutura da exceção de contrato não cumprido permanecem, em essência, fundados sobre os mesmos alicerces já estudados pela doutrina tradicional.

Sem embargo, diante da mudança do foco que ilumina o Direito Privado (ou, se preferir, o Direito Civil), e devido à superação dos dogmas da autonomia da vontade e da patrimonialidade, assim como do surgimento de novos paradigmas, o estudo da exceção de contrato não cumprido também revela novos problemas e fronteiras que não foram, em sua inteireza, analisados pelos monografistas mais tradicionais.

Assim, este trabalho buscará, de início, cuidar dos aspectos tradicionais do instituto, partindo de sua contextualização no universo das exceções, abordando o seu desenvolvimento histórico e o seu tratamento no direito comparado.

Em seguida, a partir da disciplina traçada pelo Código Civil, serão delineados seus fundamentos e requisitos no Direito Brasileiro, o que exigirá também o recurso a conceitos elementares, como contratos bilaterais, sinalagma, obrigação, prestação e inadimplemento, além de sua distinção de institutos similares, como o direito de retenção e a compensação.

Lançadas as bases do instituto, tomarão lugar as investigações motivadas por dois dos mais importantes princípios do moderno direito dos contratos – a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Após uma breve explanação desses princípios no contexto do atual Direito Privado, será abordada a sua influência sobre o instituto da exceção de contrato não cumprido, principalmente com relação ao descumprimento de deveres laterais ou conexos (noção introduzida pela boa-fé objetiva) e ao descumprimento de contratos coligados ou reciprocamente relacionados (questão introduzida pela função social do contrato).

Quanto à boa-fé objetiva, será investigado se o descumprimento de deveres laterais configuraria inadimplemento contratual, para o efeito específico de desencadear o uso da exceção de contrato não cumprido.

Já quanto à função social do contrato, o foco da investigação será uma indagação central: o descumprimento de uma avença que faça parte de uma rede de contratos interligados e interdependentes, justifica o emprego da exceção de contrato não cumprido para dilatar o cumprimento da parte atingida em outro contrato integrante da mesma rede?

Uma última advertência: o leitor poderá comprovar que o tema escolhido relaciona-se, em maior ou menor grau, com diversos temas do Direito das Obrigações, dos Contratos, e até mesmo de outros campos do conhecimento jurídico. Para citar alguns exemplos, será necessário abordar temas como adimplemento, novação, prescrição, institutos congêneres à exceção de contrato não cumprido (compensação, direito de retenção e cláusula resolutória tácita), ônus da prova, dentre outros, todos merecedores de um trabalho monográfico de fôlego.

Tendo em vista que o presente trabalho versa, especificamente, sobre a exceção de contrato não cumprido, e que o rigor científico determina a maior proximidade possível com o tema proposto, os assuntos periféricos acima referidos serão tratados tão-somente na extensão e profundidade necessárias para fixar os conceitos úteis à questão central, à qual interessam apenas incidentalmente.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como se verá adiante, a exceção de contrato não cumprido é uma espécie de exceção, dentre outras existentes. Tem, ademais, caráter substancial e dilatatório. Estes conceitos merecem ser aprofundados antes de se estudar propriamente o instituto objeto do presente trabalho.

2.1. CONCEITO DE EXCEÇÃO

Em Direito, o termo exceção é comumente associado ao direito de defesa do demandado. Como anota Piero Calamandrei, é possível encontrar uma noção genérica de exceção que inclua todas as atividades desenvolvidas pelo demandado para pedir a rejeição da demanda, com origem na *exceptio* do processo formular romano. Nesse sentido, excepcionar equivale a contradizer².

Apenas para citar um exemplo, o ordenamento jurídico italiano não emprega o termo exceção com um significado único e preciso. Pelo contrário, utiliza-o promiscuamente para rotular situações diversas³.

A doutrina francesa, por sua vez, influenciada pelo Código de Processo Civil daquele país, prestigia uma terminologia especial, *défense*, para

² Calamandrei, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 193. O Professor Calamandrei (*op. cit.*, p. 194) observa a existência de um conceito próprio de exceção, que identifica o pedido de rejeição baseado em razões que o juiz não poderia conhecer de ofício.

³ Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 334-335.

expressar a defesa voltada à impugnação ao direito do autor, sendo, pois, uma defesa de mérito; e *exception*, para indicar a contraposição formal ou de rito⁴. Apesar disso, o Código Civil Francês também suplanta essa distinção técnica e emprega o termo *exception* para identificar defesas de mérito, como nos artigos 1.208, 1.361, 1.367 e 2.036⁵.

Embora comuns, tais confusões devem ser evitadas: os termos exceção e defesa não têm tecnicamente o mesmo significado. As confusões terminológicas impõem a definição de um conceito claro e, na medida do possível, preciso, do termo exceção. Por outro lado, essa definição exige uma análise das possíveis atitudes do réu numa demanda. Assim, inicialmente será possível identificar e distinguir das exceções as defesas de mérito e, num segundo momento, as exceções de rito das exceções substanciais.

Em termos gerais, toda ação pressupõe um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, que o demandante deseja ver solucionado a seu favor, invocando, para tanto, a tutela do Estado. Desta forma, o acolhimento da sua pretensão implica, no mais das vezes, intromissão forçada na esfera jurídica do demandado. Quem aciona o Estado para obter do juiz provimento jurisdicional tenciona não apenas satisfazer o próprio interesse, mas também que tal provimento valha com respeito a outra pessoa, o demandado⁶. Este, portanto, deve ter a oportunidade de se defender pelos mais amplos meios e instrumentos.

Cabendo-lhe resistir à pretensão deduzida, o demandado pode adotar várias atitudes. O silêncio é a primeira delas; a segunda, a negação

⁴ Chiovenda, *op. cit.*, p. 334.

⁵ Lopes, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 13.

⁶ Calamandrei, *op. cit.*, p. 192.

absoluta da pretensão do demandante; a terceira, a admissão do fato que ensejou a propositura da demanda, acompanhado da negativa de qualquer efeito jurídico; a quarta, a negativa da existência do direito do autor, opondo-lhe fato extintivo ou modificativo; a quinta, a oposição, pelo demandado, à pretensão do demandante, por meio da alegação de um direito contrário, de modo a fazer rejeitar ou paralisar a demanda, sem, no entanto, contestar a existência real do direito em que se funda.

Enquanto o silêncio nada representa e as demais, por implicar simples negativa do direito do demandante, enquadram-se no conceito de defesa, a quinta manifestação do réu caracteriza verdadeiramente a exceção. Consiste na contraposição do demandado ao direito do demandante, de modo a tornar a demanda ineficaz, parcial ou totalmente, temporária ou definitivamente, mas sem impugnar a existência abstrata do direito em que tal demanda se baseia⁷.

Assim, o traço característico da exceção consiste na arguição de um direito do demandado que seja contrário ao direito do demandante no qual se funda a demanda e que seja com ele incompatível, cujo objetivo é a neutralização, definitiva ou temporária, temporária ou definitiva, da demanda⁸.

Empregando técnica semelhante, Giuseppe Chiovenda afirma que a exceção pode ter três significados gradativamente mais restritos, embora concêntricos. Em sentido mais genérico, exceção significaria qualquer meio empregado pelo demandado para justificar o pleito de rejeição da demanda, ainda que a simples negação do direito no qual esta demanda estiver fundada.

⁷ Lopes, *op. cit.*, p. 15-16.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 16.

Restringindo um pouco mais o âmbito do conceito, exceção compreenderia as defesas de mérito que impliquem não simples negativa do direito no qual se funda a demanda, mas sim contraposição de fato impeditivo ou extintivo, capaz de retirar do fato constitutivo os efeitos jurídicos que ordinariamente produziria.

Em sentido propriamente estrito, como observa Giuseppe Chiovenda, exceção compreenderia a contraposição, ao fato constitutivo alegado pelo demandante, de fatos impeditivos ou extintivos que conferem ao réu o poder jurídico de anular a ação ou torná-la sem efeito, definitiva ou provisoriamente, mas que, de *per si*, não podem ser conhecidos de ofício pelo juiz ⁹.

Deve-se concordar com Giuseppe Chiovenda quando ele afirma que excepcionar implica argüir matérias que não poderiam ser conhecidas de ofício pelo juiz. Uma leitura apressada, desapegada dos fatores históricos, poderia conduzir à conclusão de que tal característica seria meramente acidental. No entanto, um olhar atento à origem romana do instituto, no processo formular, revela que a *exceptio* nasceu e se desenvolveu na esteira da equidade, para temperar os rigores do *ius civile* diante de uma demanda fundada, embora iníqua. De modo que permitia então, como permite hoje, ampliar o âmbito de matérias cognoscíveis pelo magistrado para abranger aquelas que, a rigor, não poderiam ser apreciadas na ocasião do julgamento da demanda.

De fato, essa característica ainda acompanha as exceções em sua concepção atual, conforme lembra também o Professor Serpa Lopes, para quem, nas exceções, o juiz tem uma limitação, dependendo da ação volitiva do réu,

⁹ Chiovenda, *op. cit.*, p. 334-335.

para poder exercer o seu poder de decisão sobre as matérias oponíveis pela via ora analisada¹⁰.

2.2. AS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS

Como visto, diante da propositura de uma demanda, o réu pode exercer o seu direito de defesa por meio de diversas atitudes. Ele pode, por exemplo, invocar uma ou mais exceções, o que implica alegar direito contrário àquele no qual se funda a demanda, e com o qual é incompatível, visando a neutralizar ou aniquilar a ação proposta, possibilitando ao juiz apreciar as matérias alegadas.

Inegável, assim, o liame existente entre ação e exceção. Enquanto, depois de conquistar a autonomia do Direito processual, a ação configura-se um direito subjetivo público e abstrato de obtenção de pronunciamento jurisdicional, a exceção aparece como uma forma de defesa do demandado para resistir à pretensão manifestada pelo autor, cujo direito não se nega, mas se pretende ineficaz, total ou parcialmente, em razão de direito que assiste ao demandado. Como observa Serpa Lopes, apresentam-se essencialmente como dois raios produzidos pela mesma força, embora com reflexos diversos¹¹.

Além de ser uma espécie de defesa em sentido lato, as exceções podem sofrer uma primeira grande classificação, de acordo com o fundamento que visam a atacar. Diz-se, assim, que as exceções são de rito ou processuais, quando buscam atacar a ação tal como proposta pelo autor, e substanciais, quando, apesar de manifestadas no processo visando à neutralização da ação,

¹⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 93.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 86.

fundam-se em razões afetas ao mérito, em razões de direito substancial ou material. Nas exceções substanciais, a impugnação vai lastreada por um direito do demandado contrário ao do demandante e, portanto, fundada no Direito material e não processual.

Desenvolvendo mais esse raciocínio, pode-se afirmar que as exceções de rito, além de se manifestar pela via do processo e visar à neutralização da ação, têm o mérito de impugnar o processo. Já as exceções substanciais, malgrado também sejam, em regra, manifestadas pela via do processo e tenham como objetivo neutralizar a ação, têm o mérito de atingir o direito do autor propriamente dito, com base em outro direito do demandado, que seja com aquele incompatível.

Sem dúvida, as exceções substanciais têm também um elemento formal: embora se reconheça na doutrina a possibilidade de se manifestar fora do processo, é na senda processual que a matéria encontra o seu campo fértil de atuação e desenvolvimento. Nada obstante, essas exceções fundam-se no direito substantivo, portanto, não podem ser confundidas com as exceções de rito. São relações pertinentes ao direito material que, embora ligadas ao direito formal ou adjetivo, o são apenas no que tange à sua tutela¹², isto é, à forma e ao momento de sua invocação.

Antes da alteração ao artigo 219, §5.º, do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei n.º 11.280, de 16.2.2006, a prescrição poderia ser citada como exemplo tradicional de exceção substancial.

¹² *Idem, ibidem*, p. 99.

Primeiro, tratava-se de exceção em sentido estrito pelo fato de o réu não negar a existência do direito no qual se funda a demanda, negando-lhe, sim, a eficácia, mediante a alegação de um direito contrário.

Em segundo lugar, e aqui se manifesta a alteração legislativa acima citada, a matéria nela versada não estava sujeita ao conhecimento de ofício pelo juiz, sendo necessário que o titular a invocasse para ser apreciada. No entanto, depois da edição da Lei n.º 11.280, passou-se a admitir o reconhecimento de ofício da prescrição dos direitos patrimoniais¹³. Isso desnatura a exceção, que se caracteriza por veicular matérias não passíveis de conhecimento numa demanda, salvo quando invocadas pela parte beneficiada¹⁴.

Em terceiro lugar, trata-se de uma relação albergada pelo direito material no conceito, na estrutura e nos pressupostos, e essa característica não se perde pelo simples fato de a alegação de prescrição restar desnaturada, como exceção. Tanto isso é verdade que, embora a alegação em causa deixe de ser exceção para constituir uma objeção, é ainda considerada objeção substancial, conforme lição de Luis Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁵.

¹³ O artigo 219, § 5.º, do Código de Processo Civil, vedava o reconhecimento de ofício da prescrição, nos seguintes termos: “§5º – Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.” No entanto, a nova redação do dispositivo demonstra a clara guinada na orientação legislativa: “§5º – O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”

¹⁴ No mesmo sentido, Wambier, Luis Rodrigues; Wambier, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia: “De todo modo, embora a prescrição extinga a pretensão, tradicionalmente, em nosso direito, vedava-se ao juiz manifestar-se ex officio, a respeito. O art. 166 do Código Civil de 1916 estabelecia: ‘O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes.’ (...)

Mais recentemente, o art. 194 do Código Civil, também revogado pela Lei 11.280/2006, passou a dispor: ‘O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz’.

A Lei 11.280/2006 alterou profundamente esta diferenciação que antes existia, em nosso sistema processual, entre o reconhecimento da prescrição e da decadência. É que, de acordo com a nova redação do §5.º do art. 219 do CPC, ‘o juiz pronunciará de ofício a prescrição’.

Assim, por exemplo, no caso do art. 295, inc. IV, tratando-se de decadência ou prescrição, o juiz indeferirá a petição inicial, independentemente de citação do réu, já que a prescrição, assim como a decadência, deixa de ser exceção, passando a ser considerada objeção substancial.” (Breves comentários à nova sistemática processual civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, p. 41-42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – destaques no original).

¹⁵ Wambier et al, op. cit., p. 42.

Um exemplo de exceção substancial que permanece atualmente consiste na própria exceção de contrato não cumprido. À pretensão deduzida na ação em que se exige o cumprimento da obrigação derivada de um contrato sinalagmático, o demandado invoca um direito próprio, com base no inadimplemento do demandante, sem, no entanto, negar as condições da ação e os pressupostos processuais, nem mesmo o direito do demandante à prestação exigida. Invoca-se, apenas e tão-somente, a impossibilidade de se exigir a prestação num dado momento, em razão do inadimplemento da prestação devida pelo demandante no mesmo contrato bilateral sinalagmático, ou em contrato coligado, como se verá oportunamente.

2.3. CLASSIFICAÇÃO DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS

Aprofundando-se o estudo classificatório das exceções substanciais, agora já além da primeira grande classificação, segundo a ligação com o ramo do Direito ao qual estão afetas, as exceções substanciais podem ser ainda submetidas a classificações mais específicas, como será abordado.

2.3.1. EXCEÇÕES PEREMPTÓRIAS E EXCEÇÕES DILATÓRIAS

Este critério de classificação diz respeito aos efeitos decorrentes do emprego da exceção, a qual pode, assim, ser peremptória, tanto por não sofrer a influência de fatores temporais, quanto por ter efeito definitivo, isto é, macular a demanda em caráter definitivo, peremptório. Nas palavras de

Chiovenda, a exceção peremptória tem o condão de anular definitivamente a ação¹⁶.

Por outro lado, a exceção pode ser dilatória quando sofre os efeitos do tempo e, uma vez removido o obstáculo oposto à demanda, autoriza o demandante a pô-la novamente em marcha. Seu efeito é, pois, temporário, vez que atinge a ação como atualmente existe, e não em caráter definitivo.

A distinção entre exceções peremptórias e dilatórias foi posta já no Direito Romano, como se lê nas Institutas, IV, 120/122, transcritas e traduzidas pelo Professor Serpa Lopes¹⁷:

“Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae. Peremptoriae sunt quae perpetuo valent nec evitari possunt, veluti quod metus causa aut dolo malo, aut quod contra legem senatusve consultum factum est, aut quod res iudicata est vel in iudicium decuta est, item pacti conventi quod factum est, ne omnino pecunia peteretur. Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi quod factum est, verbi gratia, ne intra quinquennium pretertir; finio eni, eo tempore non habet locum exceptio.

As exceções dizem-se peremptórias e dilatórias. As peremptórias podem ser opostas sempre e não se podem evitar, como a exceção QUOD METUS CAUSA, DOLI MALI, de contravenção de lei ou senatuconsulto, de coisa julgada ou deduzida em juízo, ou ainda a de pacto convencionado dispondo não seria o dinheiro de modo algum reclamado.

As dilatórias são oponíveis dentro de certo prazo, como a do pacto segundo o qual o dinheiro não deve ser reclamado durante cinco anos; pois, expirado tal prazo, extingue-se o direito à exceção.”

Os efeitos sofridos pelo demandante, no que toca à extensão temporal da paralisação da demanda proposta, era utilizado já no Direito Romano para classificar as exceções em peremptórias e dilatórias.

¹⁶ Chiovenda, *op. cit.*, p. 350.

¹⁷ Lopes, *op. cit.*, p. 104.

O diferimento imposto à ação pode depender do simples decurso do tempo, como ocorre no caso do *pactum non petendo intra certum tempus*. Pode, ainda, depender de uma conduta do demandante credor, como no caso da *exceptio non adimpleti contractus*, ou exceção de contrato não cumprido, em que a remoção da exceção depende do adimplemento satisfatório por parte do demandante¹⁸, cuja ocorrência implica, outrossim, extinção do próprio *ius exceptionis*¹⁹.

Na doutrina argentina, a exceção de contrato não cumprido também vem tratada como exceção dilatória, apesar das dificuldades causadas por tal qualificação. José María Gastaldi e Esteban Centanaro²⁰ notam que, oposta essa exceção, cabe ao demandante demonstrar a sua impertinência ou, ainda, ofertar desde logo a prestação devida. Isto porque, em princípio, a oposição da exceção não impede que o demandado seja condenado, embora mediante o oferecimento da contraprestação pelo demandante.

Oportuno lembrar que, ao invocar a exceção de contrato não cumprido, o demandado não nega o direito do demandante à prestação exigida, mas apenas lhe opõe um direito que, momentaneamente, o torna ineficaz. O simples fato de a questão poder ficar definida em razão da inércia do demandante afigura-se meramente accidental, não tendo a força necessária para afastar o caráter dilatório da exceção substancial sob exame²¹.

Os monografistas platinos sustentam, ainda, que nem mesmo o fato de a exceção de contrato não cumprido ser analisada na sentença de

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 104-105.

¹⁹ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003, tomo XXIX, p. 122.

²⁰ Gastaldi, José María e Centanaro, Esteban. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 30.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 30-31.

mérito lhe retira o caráter dilatório. Embora a circunstância de se tratar de exceção dilatória fizesse intuir que a questão devesse ser analisada na locução processual, é certo que, acolhida a exceção, não se extingue o direito do demandante. Esse direito persiste, ainda que condicionado ao adimplemento por parte deste demandante, ocorrendo apenas o seu diferimento, a sua dilatação. De acordo com os autores, geralmente a matéria vem tratada na sentença por se tratar de exceção substantiva, além de dilatória²².

2.3.2. EXCEÇÕES PESSOAIS E EXCEÇÕES REAIS

As exceções também podem ser classificadas em pessoais e reais, conforme o âmbito das pessoas a quem cabe opô-las ou contra quem podem ser opostas, isto é, conforme o *alcance longitudinal de sua eficácia*²³.

Exceções pessoais seriam aquelas passíveis de invocação apenas por uma pessoa ou grupo determinado de pessoas, na qualidade de titular ou titulares de um determinado direito ou, ainda, aquelas exceções que só podem ser opostas a uma pessoa ou grupo de pessoas em razão de uma condição fática ou jurídica específica.

Por sua vez, as exceções seriam reais quando oponíveis indistintamente contra todos (*erga omnes*) ou, ainda, quando invocáveis por qualquer um (*in rem*).

O professor Serpa Lopes afirma que, em regra, a oponibilidade *erga omnes* deve ser admitida apenas episodicamente, quando as circunstâncias assim o exigirem, já que as exceções são informadas pelo

²² *Idem, ibidem*, p. 31.

²³ Lopes, *op. cit.*, p. 108.

princípio de que *exceptio in jure tertii fundata nemini proficit*. O citado professor entende ser “terceiro” qualquer pessoa sem relação com o autor ou com o réu²⁴.

Essa questão será abordada no capítulo relativo aos efeitos da oposição da exceção, bem como por ocasião do estudo da função social do contrato sobre o instituto. No entanto, pode-se adiantar desde já que a nova teoria contratual, atenta à evolução e à sofisticação das relações contratuais, muitas vezes imbricadas e interdependentes, vem alterando ou pelo menos turvando a noção de terceiro.

2.3.3. EXCEÇÕES AUTÔNOMAS E EXCEÇÕES DEPENDENTES

As exceções podem ser classificadas em dependentes ou autônomas, critério que considera a sua relação com a ação em sentido material ou *actio*.

Conforme a lição de Pontes de Miranda²⁵,

“... segundo a exceção vem contra o direito ou contra a pretensão, ou contra a ação, ou contra a exceção, em sua eficácia, a) baseada em direito que não é aquele em que ela se contém, ou b) só se apóia em si mesma, no ius exceptionis, diz-se, respectivamente, não autônoma (dependente) ou autônoma (independente). As exceções dependentes (ou não autônomas) existem com o direito, de que provêm, e a ele são ligadas (...) extinguem-se com o direito, de que provêm.”

No mesmo sentido, Freddie Didier Jr. diz ser dependente (ou não autônoma) a exceção que decorre de pretensão ou direito ao qual está ligada.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 109.

²⁵ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, parte geral, tomo VI, p. 39-40.

Isto é, a exceção é dependente quando o exercício do direito invocado, que se pretende contrário ao direito de outrem, ocorre *in excipiendo* ou *in agendo*, comportando alegação também pela via de uma ação autônoma. Por outro lado, é independente (ou autônoma) a exceção apoiada em si mesma, em seus próprios fundamentos, não em uma pretensão ou direito aptos a serem deduzidos por meio de ação própria²⁶.

À guisa de ilustração, cita-se o *beneficium excussionis*, conferido pela lei ao fiador. O direito ao benefício de ordem conferido pelo artigo 827 do Código Civil, não pressupõe qualquer pretensão por parte do excipiente que não aquela de ver excutidos previamente os bens do devedor principal. Trata-se, pois, de exceção autônoma²⁷. Da mesma maneira, pode-se dizer que, no regime anterior ao advento da Lei n.º 11.280, de 16.2.2006, que deu nova redação ao artigo 219, §5.º, do Código de Processo Civil, a exceção de prescrição encarnava, também, uma exceção autônoma²⁸.

Já como exemplo de exceção dependente, pode citar aquela própria objeto do presente estudo²⁹. A *exceptio non adimpleti contractus* configura exceção dependente e, para exemplificar, pode-se lembrar que o vendedor, ante ao inadimplemento do comprador, pode exigir o preço em ação própria ou, então, com base no mesmo fundamento, reter a coisa e, se a entrega desta lhe for exigida, opor a exceção sob análise.

²⁶ Da exceção: *tipologias das defesas*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 376, p. 78.

²⁷ Conforme a lição de Pontes de Miranda, *op. cit.*, tomo VI, p. 39.

²⁸ Conforme a lição de Didier Jr., *op. cit.*, p. 78. Após a entrada em vigor da Lei n.º 11.280/2006, que instituiu a possibilidade de ser reconhecida de ofício a prescrição, desnaturou-se a prescrição como exceção no sentido mais estrito do termo. É o que, de resto, já se abordou com arrimo nas lições de Wambier *et al*, *op. cit.*, p. 42).

²⁹ Lopes, *op. cit.*, p. 108.

Longe de constituir mero preciosismo acadêmico, a distinção entre exceções dependentes e independentes tem altíssimo grau de aplicação prática. Isto porque, conforme se verá, tal critério serve, por exemplo, para determinar se uma dada exceção encontra-se ou não sujeita aos efeitos da prescrição.

3. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Delimitado o foco do presente estudo, por meio da admissão da exceção de contrato não cumprido como verdadeira exceção, de caráter substancial, dilatória e pessoal³⁰, cumpre aprofundar o seu estudo específico, desde os seus antecedentes históricos e seu tratamento no direito comparado, passando pelo seu conceito e chegando ao estudo de sua estrutura, finalidade e natureza jurídica.

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A análise histórica de qualquer instituto jurídico serve de valiosa ferramenta para a sua correta compreensão contemporânea. Não é diferente com a exceção de contrato não cumprido, em que as divergências doutrinárias, sobretudo no que se refere à sua origem no Direito Romano (aceita por alguns e contestada por outros) reforçam a necessidade de uma passagem, ainda que concisa, pela evolução do instituto.

3.1.1. O DIREITO ROMANO

³⁰ Tais características e a sua aplicação à exceção de contrato não cumprido serão abordadas adiante neste capítulo.

Assim como não desenvolveu uma teoria geral dos contratos³¹, o Direito Romano tampouco conheceu uma construção sistemática da exceção de contrato não cumprido.

Embora essa situação possa ser atribuída a uma série de fatores, o forte apego do gênio romano ao formalismo e à noção solene de contrato contribuíram, definitivamente, para o incipiente desenvolvimento do instituto. Conforme a idéia central do Direito Romano, o contrato vinculava não pela palavra dada, mas pelo fato de a solenidade prevista pelo ordenamento ter sido obedecida: *ex nudo pacto actio non nascitur*.

Como consequência, não se buscava investigar a causa de uma dada obrigação para se perquirir a existência de justo motivo para exonerar o devedor do seu cumprimento. A obrigação deveria ser cumprida pelo simples fato de a formalidade legalmente prevista haver sido observada. A vontade humana estava, assim, colocada a serviço da forma. Eis aí o motivo maior do não reconhecimento, pelo Direito Romano, da resolução por inexecução dos contratos consensuais nominados, embora admitisse a rescisão de contratos nominados de trato sucessivo ou execução continuada³².

Essa noção, completamente desapegada da *fides* e da investigação da causa (elementos que posteriormente vieram a servir de alicerce da exceção de contrato não cumprido), refletiu na seara dos contratos na forma da idéia de independência das obrigações, impedindo implacavelmente que se construísse a idéia de sinalagma.

³¹ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 45, com a ressalva dos autores de que, do conceito de Ulpiano (Dig. II, XIV, 7), se poderia extrair a definição de contrato como convenção sancionada pelo Direito Civil por meio de ações e dotado de denominação específica.

³² Lopes, *op. cit.*, p. 144.

Embora mitigada pela evolução do pensamento jurídico, manifestada principalmente pelo surgimento dos quatro contratos reais – mútuo, comodato, depósito e penhor e, mais adiante, dos contratos inominados – esta noção nunca foi completamente superada pelo Direito Romano.

No entanto, não seria correto dizer que os romanos desconheciam por completo o instituto. Hector Massnata³³ lembra que, em matéria de compra e venda, o princípio da exceção de contrato não cumprido fazia-se sentir pelo adágio *emptor venire debet cum sacco*. Da mesma forma, José María Gastaldi e Esteban Centanaro³⁴ anotam que, do Digesto, Livro 12, Título 12, Lei 31, constava:

“Si un esclavo compró otro esclavo y el señor ejerciera la acción redhibitoria, el vendedor no se lo ha de entregar de otro modo que cumpliendo íntegramente su prestación; pero el señor del esclavo, si ejerciera la acción de compra, nada puede obtener, si no hubiera pagado, en su totalidad, el precio.”

E, mais adiante, referem às Institutas, Livro 2, Título 1, § 41, onde se lê:

*“Las cosas vendidas y entregadas no se adquieren para el comprador de otro modo, que si éste hubiere pagado el precio al vendedor, o de otra manera le hubiere satisfecho, como por ejemplo, habiéndole dado un pagador o una prenda.”*³⁵

Todas estas citações contêm exemplos de usos pontuais da exceção de contrato não cumprido no Direito Romano. Assim, pode-se afirmar que os romanos, além de conhecer a *exceptio* como meio de defesa processual, conheciam também a exceção de contrato não cumprido, embora não por meio

³³ Massnata, *op. cit.*, p. 16.

³⁴ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 46.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 46.

de um ordenamento sistematizado e de aplicação genérica, mas pela simples utilização episódica do princípio da equidade.

3.1.2. OS GLOSADORES

O desenvolvimento da exceção de contrato não cumprido se deu de forma assistemática e incipiente no Direito Romano, dificultado pela ausência da noção de *fides* e pela noção de contrato como instituto solene. Coube à Escola dos Glosadores o mérito de esboçar a alteração de tal perspectiva.

Segundo anotam Gastaldi e Centanaro³⁶, a Escola dos Glosadores se desenvolveu, a partir das idéias de Irnerius, entre fins do século XI e meados do século XIII. Notabilizaram-se seus integrantes pelo objetivo de estudar e ressystematizar o *Corpus Juris* (Compilação de Justiniano), cujo conteúdo procuravam expressar por meio de glosas.

Um dos integrantes da Escola dos Glosadores, Ugossiono de Pisa, analisando decreto de Graciano datado do século XII, concluiu que uma parte poderia não cumprir a sua obrigação se a outra parte infringisse o dever moral e jurídico de cumprir a obrigação recíproca assumida, ainda como lembram Gastaldi e Centanaro³⁷. Esse princípio, é bem de ver, servirá de alicerce para o vindouro e fértil desenvolvimento da exceção de contrato não cumprido, sob a influência pelo Direito Canônico.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 47-48.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 48.

3.1.3. O DIREITO CANÔNICO

Já se disse que a ausência da noção de *fides* e a concepção solene do instituto do contrato formaram grilhões que limitaram o desenvolvimento da exceção de contrato não cumprido. Já se disse, também, que os glosadores desempenharam um papel fundamental na mudança de tal conjuntura. Vislumbraram um indício de fundamento para o não cumprimento da obrigação por uma parte ante o inadimplemento imputável à outra.

No entanto, é no Direito Canônico que estas questões são abordadas com a profundidade necessária para uma correta colocação do instituto da exceção de contrato não cumprido e o esquadramento de todas as conseqüências decorrentes da noção de relação sinalagmática.

Imprescindível, para tanto, a mudança radical e, por isso mesmo, demorada, da perspectiva de estudo do contrato. A forma deveria deixar o seu primado para assumir o posto de servente da vontade das partes, esta sim, soberana. Deveria ser vista como simples meio de prova da relação e não subjugar todos os efeitos da vontade humana, a ponto de dispensar a investigação sobre o real intento das partes e da causa final das obrigações. Em síntese, a regra *ex nudo pacto acto non nascitur* deveria ser superada pela regra *ex nudo pacto actio nascitur*³⁸.

E essa superação encontrou como pedra de torque a noção de *fides*, derivada da preocupação ímpar do Direito Canônico no combate aos pecados da mentira e do perjúrio. Não seria mais aceitável o princípio *format dat esse rei*³⁹.

³⁸ Lopes, *op. cit.*, p. 145.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 145.

A força do contrato não residia mais no cumprimento de uma mera formalidade. Os negócios jurídicos não mais poderiam ser vistos abstratamente, sem conexão com a vontade manifestada pelos sujeitos que determinaram a sua celebração. Pelo contrário, a força vinculante do contrato está radicada no querer dos contratantes, na sua vontade como impulso criador de vínculos jurídicos e morais. *Non servanti fidem non est fides servanda* ⁴⁰.

O contrato, assim enfocado, vinculava pelo simples fato da manifestação da vontade e do consenso, independentemente de qualquer solenidade. O *nudum pactum* era suficiente para estabelecer o vínculo moral e jurídico que obrigava as partes ao cumprimento das obrigações assumidas, na esteira dos deveres de consciência de cada contratante.

Para a doutrina canonista, o contrato bilateral, visto como intercâmbio de bens, deveria refletir a mais pura expressão da justiça comutativa⁴¹. Por isso afirma-se, no Direito Canônico, o caráter absoluto do princípio da interdependência das obrigações sinalagmáticas, além do adágio *fragenti fidem, fides non est servanda*, observado por Huguccio no século XIII e posteriormente encampado pelo Papado⁴².

Como resultado dessa radical mudança de eixo, o estudo dos contratos sofreu uma verdadeira guinada em seus próprios fundamentos e efeitos. Consagrou-se o caráter sagrado da fé jurada, com a espiritualização do contrato, e se superou a noção abstrata calcada no formalismo. Tudo isso possibilitou a pesquisa da causa nas obrigações.

⁴⁰ Massnata, *op. cit.*, p. 17.

⁴¹ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 48.

⁴² Lopes, *op. cit.*, p. 145.

Serpa Lopes aponta duas conseqüências a partir da guinada aqui referida. A primeira refere-se à generalização da exceção de contrato não cumprido, mediante a qual a parte demandada poderia resistir à exigência da prestação que lhe incumbia, se a parte demandante não cumprisse ou se prontificasse a cumprir a sua. A segunda consiste no advento da possibilidade de a parte lesada pelo inadimplemento pedir aos juízes eclesiásticos a cessação do vínculo, a desvinculação ao juramento feito e a resolução do contrato⁴³.

3.1.4. PERÍODO POSTERIOR AO DIREITO CANÔNICO

Como visto, o Direito Canônico ofereceu campo fértil para o aprofundamento do estudo e aplicação da exceção de contrato não cumprido. Seus ensinamentos, cristalizados nas Decretais de Inocêncio III e ecoados pela doutrina canonista, migraram daí para o Direito Civil pelas mãos dos pós-glosadores.

Segundo Serpa Lopes, coube a Bártolo lançar a regra *contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi, nisi ab eo qui effectualiter totum contractum ex parte sua impleverit*, decorrência direta dos ideais canônicos e traduzida para o alemão, o francês e o italiano⁴⁴.

Continuando a obra canonista, os pós-glosadores coordenaram soluções esparsas para criar e construir, por meio da indução, um sistema de aplicação da regra geral contida na exceção de contrato não cumprido, cujos traços mais marcantes foram mantidos, no essencial, nos ordenamentos subseqüentes⁴⁵.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 146.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 147.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 148.

Assim é que, no Direito Francês da Idade Média, de caráter costumeiro, a exceção de contrato não cumprido foi plenamente incorporada, como reflexo da influência dos romanos, canonistas e pós-glosadores⁴⁶. No entanto, mesmo após o advento do *Code*, não se dedicou ao instituto algum dispositivo expresso de caráter geral.

Esse silêncio legislativo é atribuído à forte influência exercida pela Escola de Cujas, rigorosa seguidora dos textos romanos. Seus escritos não consagravam qualquer regra geral sobre a exceção de contrato não cumprido⁴⁷, alheia aos princípios canônicos que tanto influenciaram o desenvolvimento do instituto.

O Direito Espanhol primitivo conheceu igualmente a exceção de contrato não cumprido, a partir do século XIII, com a edição das Leis de Partidas. Editadas no reinado de Alfonso X, o Sábio, e representando uma releitura do *ius commune*, tais normas previam a exceção de contrato não cumprido na Partida V, Títulos 5 e 11, Leis n.º 13 e 27, disciplinando a exceção tanto no âmbito geral dos contratos bilaterais quanto no caso específico da compra e venda, respectivamente⁴⁸.

3.1.5. DIREITO MODERNO. ESTUDOS COMPARADOS

Após migrar para o Direito intermediário europeu, a exceção de contrato não cumprido alastrou-se pela esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos modernos.

⁴⁶ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁷ Massnata, *op. cit.*, p. 18-19, 49.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 50.

Atualmente, os ordenamentos dividem-se entre aqueles que disciplinam expressamente a exceção e aqueles que lhe dispensam tratamento, embora sem oferecer dispositivo específico. Dentre estes pode-se incluir também os países que adotam o sistema de *common law*. Mesmo nestes últimos, a exceção de contrato não cumprido – ou ao menos a sua noção nuclear – é aceita como regra geral nos contratos bilaterais.

No grupo dos ordenamentos silentes, pode-se destacar o Código Civil francês, que não dedicou à exceção de contrato não cumprido nenhum dispositivo de aplicação genérica.

Esse silêncio pode ser atribuído à larga influência exercida pela Escola de Cujas, durante a gestação e parto do *Code Napoleon*. Como já abordado, essa escola notabilizou-se pelo apego rigoroso aos textos de origem romana, em que o instituto não constava, expressamente, a sua atual feição genérica⁴⁹.

O *Code Napoleon* tratou da exceção de contrato não cumprido em caráter esparso, como no caso da compra e venda, com relação à qual dispõe que

“le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le payement” (artigo 1.612).

E, mais adiante,

“il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payment, si, depuis la vente, l'acheteur est

⁴⁹ Lopes, *op. cit.* 150; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 49.

tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme” (artigo 1.613).

Muito embora tenham os representantes da Escola de Cujas procurado remediar a “interferência” da Escola de dos Glosadores e do Direito Canônico em prol da pretensa pureza nos textos romanos, a noção de exceção de contrato não cumprido logrou manter firme posição no ordenamento jurídico francês⁵⁰.

Tal posição encontrou fundamento em dois argumentos básicos. O primeiro é o fato de não ser possível justificar, racionalmente, a limitação à recusa legítima de execução apenas aos casos previstos expressamente na legislação, dado até mesmo o caráter intuitivo e moral da exceção de contrato não cumprido.

O segundo argumento é a consideração de que, segundo o teor do disposto no artigo 1.184 do *Code Napoleon*, em que a lei prevê a ação de resolução para o caso de inadimplemento, haveria mais razão ainda para se autorizar a medida menos gravosa da exceção de contrato não cumprido⁵¹.

No Direito Civil mexicano há o mesmo cenário. A despeito de classificar expressamente os contratos em unilaterais e bilaterais, com definições legais, o Código Civil daquele país estabelece a exceção de contrato não cumprido apenas e tão-somente para casos esparsos, como da compra e venda:

“Art. 2.286 – El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago.

⁵⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 150; Massnata, *op. cit.*, p. 19; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 49.

⁵¹ Lopes, *op. cit.*, p. 151.

Art. 2.287 – Tampoco está obligado a la entrega, aunque haya concedido un término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le de fianza de pagar al plazo convenido.”

Pioneiro no tratamento expresso da boa-fé objetiva, que influenciou profundamente o estudo da exceção de contrato não cumprido, como se verá oportunamente, o BGB não descuidou da matéria, inaugurando o grupo de ordenamentos expressos a seu respeito:

“§ 320 [Plea of unperformed contract]

(1) Whoever is bound by a mutual contract may refuse to perform his part until the other party has performed his part, unless the former party is bound to perform his part first. If the performance is to be made to several persons, the part due to one of them can be refused until the entire counter-performance has been effected. The provision of § 273(3) does not apply.

(2) If one side has performed in part, the counter-performance may not be refused to the extent that the refusal would be, in the circumstances, contrary to good faith, specially in view of the disproportionate triviality of the remaining part.”

Na Itália, o Código Civil, de 1942, apregoa:

“Art. 1460 – Eccezione d'inadempimento

Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultano dalla natura del contratto (1565).

Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede (1375).”

Já o Código Civil espanhol dispõe:

“Art. 1.100 – Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o

extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

- 1. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.*
- 2. Cuando de su naturaleza y circunstancia resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.*

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.”

Analogamente, o Código Civil português, instituído pelo Decreto-lei n.º 43.744, de 1966, reza:

“Excepção de não cumprimento do contrato

Art. 428 – (Noção)

- 1. Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.*
- 2. A excepção não pode ser afastada mediante a prestação de garantias.*

Art. 429 – (Insolvência ou diminuição de garantias)

Ainda que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, tem o contraente a faculdade de recusar a respectiva prestação enquanto o outro não cumprir ou não der garantias de cumprimento, se, posteriormente ao contrato, se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo.”

Já no continente americano, pode-se citar o Código Civil de Quebec:

“§ 2 – De l'exception d'inexécution et du droit de rétention

Art.1.591 – Lorsque les obligations résultant d'un contrat synallagmatique sont exigibles et que l'une des parties n'exécute pas substantiellement la sienne ou n'offre pas de l'exécuter, l'autre partie peut, dans une mesure correspondante, refuser d'exécuter son obligation corrélative, à moins qu'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des usages qu'elle soit tenue d'exécuter la première.”

E o Código Civil argentino, largamente influenciado pelo *Esbôço de Teixeira de Freitas*:

“Art. 510 – En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva.

Art. 1.201 – En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo.”

O Código Civil boliviano, de 1975, dispõe:

“Art. 573 – Excepción del incumplimiento de contrato.

I. En los contratos de prestaciones recíprocas cualquiera de las partes podrá negarse a cumplir su obligación si la otra no cumple o no ofrece cumplir al mismo tiempo la suya, a menos que se hubiera convenido otra cosa o de la naturaleza del contrato resultaren términos diferentes para el cumplimiento. (Arts. 519, 623, 638 del Código Civil)

II. La excepción de incumplimiento también podrá oponerse cuando el otro contratante ha cumplido sólo parcialmente su obligación; pero no podrá oponérsela y se deberá cumplir la prestación si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuera contraria a la buena fe.”

O Código Civil chileno estabelece:

“Art. 1.552 – En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

O Código Civil paraguaio, de 1987, determina:

“Art. 719 – En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiere efectuar antes

su prestación.”

Por fim, para encerrar a lista de exemplos de ordenamentos que tratam a matéria de forma expressa, o Código Civil de Macau dispõe:

“Excepção de não cumprimento do contrato

Artigo 422 – (Noção)

1. Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.

2. A excepção não pode ser afastada mediante a prestação de garantias.

Artigo 423 – (Insolvência ou diminuição de garantias)

Ainda que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, tem o contraente a faculdade de recusar a respectiva prestação enquanto o outro não cumprir ou não der garantias de cumprimento, se, posteriormente ao contrato, se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo.”

Quanto aos sistemas adeptos da *common law*, a escassez de normas escritas dificulta naturalmente a inclusão entre os grupos que dispensam tratamento legislativo à exceção de contrato não cumprido e aqueles que, pelo contrário, não o fazem.

Sem embargo, os Estados Unidos proporcionam uma situação interessante, dada a complexa mistura do *common law* com a influência do sistema codificado, que se faz sentir pelo crescente número de leis e até mesmo pela presença dos ditos códigos, tão característicos dos sistemas romano-germânicos. À guisa de ilustração, cita-se o Estado da Califórnia, cujo Código Civil tem disposições que tangem à exceção de contrato não cumprido:

“3.386 – Notwithstanding that the agreed counterperformance is not or would not have been specifically enforceable, specific performance

may be compelled if:

(a) Specific performance would otherwise be an appropriate remedy; and

(b) The agreed counterperformance has been substantially performed or its concurrent or future performance is assured or, if the court deems necessary, can be secured to the satisfaction of the court.

3.388 – A party who has signed a written contract may be compelled specifically to perform it, though the other party has not signed it, if the latter has performed, or offers to perform it on his part, and the case is otherwise proper for enforcing specific performance.

3.392 – Specific performance cannot be enforced in favor of a party who has not fully and fairly performed all the conditions precedent on his part to the obligation of the other party, except where his failure to perform is only partial, and either entirely immaterial, or capable of being fully compensated, in which case specific performance may be compelled, upon full compensation being made for the default.”

Nada obstante, até mesmo fora dos limites da Califórnia a noção nuclear propalada na exceção de contrato não cumprido é aceita no âmbito da teoria geral dos contratos (*Contract Law*), conforme disposições extraídas do *Restatement of law of contracts*⁵², que compila uma série de princípios do Direito norte-americano dos contratos, embora não seja, propriamente, um ato normativo:

“§ 251 – Definition of 'Concurrent Condition'. In the Restatement of this Subject a 'concurrent condition' is a condition precedent which exists only when parties to a contract are bound to render performances at the same time; and the fact constituting the condition is, in the alternative, either:

(a) performance by one party before performance by the other, or

(b) an offer, accompanied with manifested present ability to make it good, to perform if the other party simultaneously performs.

(...)

§ 266 – Bilateral Contracts for and Agreed Exchange. (1) 'Promises for an agreed exchange' in the Restatement of this Subject means mutual promises in a bilateral contract where the performance promised by one party is the agreed exchange for the performance promised by the other party.

(2) In all bilateral contracts where the only consideration on each side consists of promises, all the promises on one side taken

⁵² American Law Institute. *Restatement of the law of contracts*. Washington D.C.: American Law Institute Publishers, 1932, v. 1, p. 363, 382 e 386.

collectively and all the promises on the other side taken collectively are promises for an agreed exchange except

(a) where the rule stated in § 292 is applicable, and

(b) where the promise of each party is wholly or to a material degree for the benefit of a donee beneficiary.

(3) Where in a bilateral contract two or more performances are promised by each party, promises of one or more of the performances on each side may be promises for an agreed exchange.

§ 267 – When Mutual Performances Contracted for are Concurrent Conditions. Promises for an agreed exchange are concurrently conditional, unless a contrary intention is clearly manifested, if the promises can be simultaneously performed and the parties can be assured that they are being so performed, where by the terms of the promises

(a) the same time is fixed for the performance of each promise; or

(b) a fixed time is stated for the performance of one of the promises and no time is fixed for the other; or

(c) no time is fixed for the performance of either promise; or

(d) the same period of time is fixed within which each promise shall be performed.”

No mesmo sentido, a doutrina reconhece a noção da exceção de contrato não cumprido, conforme a lição contida na obra de Edward J. Murphy, Richard E. Speidel e Ian Ayres⁵³:

“Finally, it is recognized that when the circumstances or the promisor’s words or conduct create doubt whether the performance will be forthcoming as agreed but not amount to a breach, the promisee has a more limited remedy. In the proper circumstances, the promisee may suspend performance and demand adequate assurance from the promisor. If assurance of due performance is not forthcoming, the promisee may treat it as a repudiation and resort to the usual affirmative and defensive remedies. Even if the promisor has breached, the promisee may decide just to suspend performance, reserving any claims for damages, and seek to resolve the dispute by agreement. If so, this action is justified and increases the chance that the dispute can be resolved and the bargain preserved.”

Em suma, demonstra-se mais uma vez a universalidade da exceção de contrato não cumprido, porquanto, embora haja sistemas dotados de regras específicas a tal respeito, mesmo os sistemas carentes dessas disposições

⁵³ *Contract law*. 5. ed. 3ª reimp., Nova York: Foundation Press, 2001, p. 814.

específicas e os sistemas de *Common Law* consagram a noção central do instituto.

3.1.6. A POSIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Estabelecidas as diversas formas de tratamento da exceção de contrato não cumprido no Direito Comparado, é chegada a hora de analisar a posição do Código Civil Brasileiro, para definir o modo como o Direito pátrio trata o instituto.

A matéria já foi analisada por Antônio Chaves e Miguel Maria de Serpa Lopes, sob a ótica do Código Civil de 1916. Ambos concluíram pela filiação do legislador pátrio de então à trilha do Código Civil francês. Na opinião dos ilustres juristas, o Direito Brasileiro não dedicou dispositivo expresso especial à exceção de contrato não cumprido⁵⁴.

Antonio Chaves baseia-se no fato de o artigo 1.092 do Código Civil de 1916, e seu parágrafo único, tratarem, a um só tempo, de três questões: garantia da execução, exceção de não cumprimento de contrato e resolução⁵⁵.

Com a edição do Código Civil, o argumento lançado pelo Professor Antonio Chaves parece superado. O artigo 475 disciplina especificamente a resolução por inadimplemento⁵⁶, em texto sem correspondente no Código Civil de 1916.

⁵⁴ Lopes, *op. cit.*, p. 155-162; Chaves, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 2, tomo 2, p. 1679.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 1.679.

⁵⁶ “Artigo 475 – A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

Este raciocínio tampouco abala a previsão de garantia da execução inserta no mesmo artigo. Trata-se de um mero reflexo dos instrumentos legais previstos para respaldar a força obrigatória dos contratos e a justiça contratual. Esta garantia não existe por si mesma, mas apenas como corolário do direito à resolução e à suspensão da execução.

Já para o Professor Serpa Lopes, o artigo 1.092 do Código Civil de 1916 não disciplina a exceção de contrato não cumprido como fez, por exemplo, o §322 do BGB⁵⁷, que aborda expressamente o mecanismo de funcionamento da exceção na dinâmica de uma demanda judicial. No entender do saudoso autor, isso seria suficiente para alinhar o Código Civil brasileiro (refere-se, como dito, ao de 1916) ao *Code Napoleon*.

A divergência de opinião parece tocar menos à interpretação do real alcance do artigo 1.092 do Código Civil de 1916, do que aos critérios de classificação entre ordenamentos providos e desprovidos de previsão legal expressa. A opção por esse enquadramento do ordenamento brasileiro deita raízes no rigor exigido da disciplina legal para classificação do ordenamento jurídico. Nesse sentido, para ser dotado de dispositivo expresso sobre a exceção de contrato não cumprido, o ordenamento deveria conter uma regra expressa semelhante à do §322 do BGB.

⁵⁷ “§ 322 – Si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectución de la contraprestación solo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento 'ZUG UM ZUG'. Si la parte demandante ha de cumplir la prestación antes, en caso de que la otra parte esté en mora cuanto a la aceptación, puede entablar acción para reclamar la prestación después de la recepción de la contraprestación por la otra parte.”

Contudo, esta orientação traz o inconveniente de implicar a equiparação de ordenamentos jurídicos com tratamentos bastante diversos, como é o caso do Código Civil brasileiro e do *Code Napoleon*.

Parece extremamente rigorosa a equiparação, tanto quanto inexato é o enquadramento do Código Civil (e mesmo do Código Civil de 1916), dentre os diplomas que não regulam expressamente a exceção de contrato não cumprido. Se, por um lado, é verdade que ao legislador pátrio não assistiu a mesma técnica refinada vista no §322 do BGB, também é verdade que o Direito brasileiro prevê a exceção de contrato não cumprido nos contratos bilaterais em geral, consoante artigo 476 do Código Civil.

É nitidamente sensível a diferença do regime do Código Civil francês para o regime do Código Civil. Ao contrário do que ocorre neste último, o primeiro diploma é completamente desprovido de uma regra geral que autorize a recusa da prestação demandada pelo contratante inadimplente no âmbito dos contratos bilaterais em geral.

Por este motivo, a doutrina francesa foi obrigada a recorrer a diversos fundamentos para justificar a aplicação genérica do instituto em exame. Alguns exemplos: o argumento *a fortiori* da resolução, a equiparação ao direito de retenção e a aplicação genérica da regra dos artigos 1.612 e 1.613, específicos para a compra e venda, todos eles igualmente insatisfatórios.

A seu turno, o Código Civil brasileiro tem no artigo 476 do Código Civil um dispositivo expresso que atribui alcance genérico à exceção de contrato não cumprido no âmbito dos contratos bilaterais, como visto acima.

A questão foi acertadamente versada por Pontes de Miranda, que chama de *sistemas defeituosos* aqueles desprovidos de dispositivo legal expresso sobre a exceção de contrato não cumprido. Ele afirma, ainda, que a questão restou *definitivamente superada* no Direito brasileiro, devido ao artigo 476 do Código Civil⁵⁸.

Na doutrina estrangeira, ao estudar o Direito comparado, comentadores como José María Gastaldi e Esteban Centanaro⁵⁹, além de Hector Massnata⁶⁰, incluem o Código Civil de 1916 no rol dos diplomas dotados de disciplina expressa sobre a matéria.

Embora o Direito Administrativo fuja do escopo do presente trabalho, não se pode deixar de citar, em termos legais, os exemplos trazidos por esse importante ramo do Direito. Os mais relevantes são: a Lei n.º 8.666/93, que disciplina as licitações e contratos celebrados administrativos, instituindo uma forma específica de exceção de contrato não cumprido no artigo 78, inciso XXV⁶¹; a Lei n.º 8.987/95, que trata da prestação de serviços públicos em regime de concessão e permissão; e o artigo 6.º, §3.º, inciso II, que autoriza o corte no fornecimento, em caso de inadimplemento do usuário⁶².

⁵⁸ Pontes de Miranda, *op. cit.*, v. XXIV, p. 129-130. No mesmo sentido, França, R. Limongi. *Direito empresarial aplicado*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 83.

⁵⁹ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 51, embora citem, equivocadamente, o artigo 1.902, quando o correto seria 1.092.

⁶⁰ Massnata, *op. cit.*, p. 20-21.

⁶¹ “Artigo 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; (...)”

⁶² “Artigo 6.º – Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. (...) § 3.º – Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: (...) II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.” Embora a aplicabilidade e o real alcance do dispositivo sejam alvo de freqüentes questionamentos na jurisprudência e de tormentosa discussão doutrinária, é certo que a lei institui aí uma hipótese legal de suspensão da execução contratual em razão de inadimplemento de uma das partes contratantes.

De sorte que o artigo 476 do Código Civil pode ser entendido como dispositivo específico a respeito da exceção de contrato não cumprido no Direito brasileiro, ainda que sem a apurada técnica empregada no §322 do BGB, mas certamente mais completo do que o *Code Napoleon*, o que avaliza a distinção entre estes dois últimos sistemas.

3.2. NOÇÃO INICIAL DE EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Não se ignora o risco inerente à tentativa de definir qualquer instituto jurídico, principalmente diante daquele cujas origens, natureza e fundamentos pareçam controversos. Malgrado o acerto da observação, julga-se pertinente a tarefa, devido à sua importância na clareza da exposição.

No entanto, deve-se advertir que o conceito proposto nesta etapa do trabalho não se apresenta de forma definitiva, uma vez que será revisto durante o estudo da influência da função social do contrato sobre a exceção de contrato não cumprido.

3.2.1. A DOUTRINA ESTRANGEIRA

Para conceituar a exceção de contrato não cumprido, o recurso inicial à doutrina estrangeira torna-se útil.

Na Alemanha, país onde a exceção de contrato não cumprido encontrou substancial defesa, desde o início do século XX, Enneccerus afirma:

*“la exceptio non adimpleti contractus es propiamente una excepción en el sentido del C.C., o sea un contraderecho del obligado que hace ineficaz la pretensión que se fundamenta por sí sola.”*⁶³,

Na França, Jacques Ghestin⁶⁴ escreve:

“317 – Définition. L’exception d’inexécution ou exception non adimpleti contractus sanctionne la règle selon laquelle dans tout rapport synallagmatique obligatoire, chaque partie ne peut réclamer de l’autre l’exécution de ses engagements, si de son côté elle n’exécute pas ou n’offre pas d’exécuter ses propres engagements.”

Também na França, François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette definem⁶⁵:

“En d’autres termes, l’exception d’inexécution est le droit qu’a chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d’exécuter l’aprestation à laquelle elle est tenue tant qu’elle n’a pas reçu la prestation qui lui est due.”

Em Portugal, João Calvão da Silva define a exceção de contrato não cumprido como exceção *sensu proprio* e *strictu sensu* de caráter material pela qual o excipiente apenas recusa a prestação, enquanto não for realizada ou oferecida, simultaneamente, a contraprestação. Prevalece-se do princípio da simultaneidade do cumprimento das obrigações recíprocas que servem de causa uma para a outra⁶⁶.

Na Argentina, em sua obra pioneira, Hector Massnata⁶⁷ diz ser a exceção de contrato não cumprido

⁶³ Ennecerus, Ludwig. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Atualizada por Theodor Kipp e Martin Wolff e traduzida por Blás Péres González e José Alguer. 1. ed. 2ª tiragem, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1944, v. 1, p. 167.

⁶⁴ Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992, p. 347.

⁶⁵ *Droit civil: les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 502.

⁶⁶ Silva, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 334.

⁶⁷ Massnata, *op. cit.*, p. 9.

“la posibilidad de que un contratante se abstenga legítimamente de cumplir su prestación si no adviene el cumplimiento simultáneo de la prestación correlativa.”

Ainda na Argentina, mas agora em termos mais precisos, José María Gastaldi e Esteban Centanaro⁶⁸ definem a exceção de contrato não cumprido como sendo

“La facultad (derecho potestativo) de una de las partes de un contrato bilateral de no cumplir sus obligaciones - rechazando incluso el pedido de cumplimiento - si la otra parte no cumple, salvo con algunas excepciones, que la obligación de esta última sea a plazo u ofreciera cumplirla.”

As lições desses autores indicam haver uma certa uniformidade na doutrina estrangeira quanto ao caráter substantivo da exceção de contrato não cumprido, cujo efeito é atingir a eficácia da pretensão deduzida pelo demandante inadimplente.

3.2.2. A DOUTRINA NACIONAL

Uma rápida passagem pela doutrina nacional demonstra que renomados autores não propuseram conceito próprio de exceção de contrato não cumprido ao abordar o tema⁶⁹.

⁶⁸ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁹ Vide Wald, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 183; Monteiro, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, segunda parte, p. 79-81; Daibert, Jefferson. *Dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 67-68; Loureiro, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil: teoria geral e contratos em espécie*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 142-143, 259-261; Santos, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954, v. XV, p. 235-262.

Nem mesmo o Professor Serpa Lopes⁷⁰, autor de monografia paradigmática sobre o tema no Direito brasileiro, propôs um conceito propriamente dito de exceção de contrato não cumprido. Ele preferiu adotar a definição de R. Cassin, segundo a qual:

“a exceptio non adimpleti contractus: ‘est un moyen de défense de bonne foi offert à quiconque est obligé en vertu d’un rapport synallagmatique sans être tenu d’exécuter le premier, et qui consiste à refuser la prestation due jusqu’à l’accomplissement de la contre-prestation incombant à l’autre partie.’”⁷¹

Existem conceitos propostos por juristas brasileiros que podem ser lembrados, pois apresentam diversas definições. Referindo-se à exceção em sentido genérico, Marcos Jorge Catalan⁷² anota:

“Exceção é, em direito, qualquer meio de defesa que possa ser suscitado por uma das partes que compõe a relação jurídica obrigacional e que tem o condão de paralisar os efeitos do invocado direito subjetivo ou potestativo da outra, suspendendo a eficácia do direito invocado.”

Já aludindo especificamente à exceção de contrato não cumprido, Orlando Gomes ressalta ser ela exceção dilatória, qualificada como direito potestativo ou *contradireito*, pela qual o excipiente paralisa a ação do excepto, tornando o seu crédito inexigível⁷³.

Segundo o saudoso Professor R. Limongi França, a exceção de contrato não cumprido seria:

“o direito que tem, uma das partes do contrato sinalagmático (bilateral), de se recusar ao cumprimento de sua obrigação, antes que

⁷⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 206-207.

⁷¹ Cassin, R. *Tirée de l’Inexécution dans le rapports synallagmatiques*. Paris: Sirey, 1914, p. 440.

⁷² Catalan, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 205.

⁷³ Gomes, Orlando. *Contratos*. Atual. Humberto Theodoro Jr. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 92-93.

*o outro contraente execute, por sua vez, a obrigação que lhe diz respeito.*⁷⁴”

Silvio Rodrigues⁷⁵, por sua vez, escreve:

“Consiste esta exceção... em que uma parte demandada pela execução do contrato pode excluir a ação invocando o fato de não ter a outra também satisfeito a prestação. Como toda exceção, trata-se de meio de defesa processual. (...) Com efeito, a exceptio non adimpleti contractus paralisa a ação do autor, ante a alegação do réu de não haver recebido a contraprestação devida; (...)”

Caio Mário da Silva Pereira⁷⁶ diverge de Silvio Rodrigues no que diz respeito à natureza processual do instituto:

“Daí se origina uma defesa oponível pelo contratante demandado, contra o co-contratante inadimplente ... segundo a qual o demandado recusa a sua prestação, sob fundamento de não ter aquele que reclama dado cumprimento à que lhe cabe. (...) A palavra exceptio está usada aqui como defesa genericamente, e não como exceção estrita da técnica processual. É uma causa impeditiva da exigibilidade da prestação por parte daquele que não efetuou a sua, franqueando ao outro uma atitude de expectativa, enquanto aguarda a execução normal do contrato.”

Também preferindo a referência genérica ao “meio de defesa”, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷⁷ propuseram seu próprio conceito de exceção de contrato não cumprido. *Verbis*:

“Consiste a ‘Exceção de Contrato Não Cumprido’ em um meio de defesa, pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode argüir que deixou de cumpri-lo pelo fato de a outra ainda também não ter satisfeito a prestação correspondente.”

⁷⁴ *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, v. 4, tomo II, p. 62.

⁷⁵ Rodrigues, Silvio *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 83.

⁷⁶ Pereira, Caio Mário da Silva *Instituições de direito civil*. Rev. e atual. Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 159.

⁷⁷ Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, tomo I, p. 284.

Já Pontes de Miranda⁷⁸ conceitua a exceção de contrato não cumprido como a

“exceção dilatória, que tem qualquer figurante de contrato bilateral, para se recusar a adimplir, se não lhe incumbia prestar primeiro, até que simultaneamente preste o figurante contra quem se opõe.”

Também Sílvio de Salvo Venosa aborda a questão e, embora não dê uma definição clara, pode-se depreender das suas palavras que a exceção de contrato não cumprido seria uma exceção de mérito, aplicável apenas nos contratos bilaterais, pela qual o contratante opõe obstáculo legal à exigência do cumprimento de sua obrigação, demandado pelo contratante inadimplente, contra o qual se defende⁷⁹.

É possível notar que a doutrina brasileira é mais conturbada do que a dos autores estrangeiros citados no tópico anterior, pois há maior controvérsia relativa aos diversos aspectos do conceito invocado.

3.2.3. PROPOSTA INICIAL DE CONCEITO

Postos em revista diversos conceitos formulados por autores estrangeiros e nacionais, torna-se necessário propor um conceito próprio, que deve servir de suporte para as ponderações feitas ao longo deste trabalho.

Antes, porém, uma advertência. Dado o estágio ainda incipiente das perquirições propostas, o conceito ora considerado não poderia ser mais do que inicial. Contém apenas o necessário para acompanhar as

⁷⁸ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003, tomo XXVI, p. 122.

⁷⁹ Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 394.

posições tomadas e está sujeito a complementações nos capítulos seguintes, até mesmo por influência da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Exceção de contrato não cumprido seria, pois, a exceção substancial, dilatória, pessoal e dependente, por meio da qual o excipiente opõe-se à exigência do cumprimento de uma obrigação sinalagmática. Não nega a sua existência, antes a afirma. Mas lhe nega a eficácia, com base no inadimplemento do excepto e sob o pálio da simultaneidade do cumprimento, ou no descumprimento passado pelo excepto nas relações de trato sucessivo.

3.3. NATUREZA JURÍDICA DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Embora provisório, o conceito acima proposto contém os elementos necessários para identificar a natureza jurídica da exceção analisada.

Em primeiro lugar, a exceção de contrato não cumprido encarna uma verdadeira *exceptio*, no sentido técnico do termo. Trata-se de uma defesa caracterizada pela oposição de fatos impeditivos, ou extintivos, àquele fato constitutivo alegado pelo demandante. Isso torna inexigível o direito invocado e, como consequência, retira temporária ou definitivamente o efeito da ação.

E mais: a exceção também se caracteriza pelo fato de versar sobre matérias infensas ao conhecimento de ofício pelo órgão judicante. As matérias passíveis de arguição pela via da exceção, como o inadimplemento contratual, devem ser invocadas pela parte beneficiada, visando a autorizar o seu

conhecimento durante o deslinde de um dado litígio.

Há uma explicação histórica para essa característica. É preciso lembrar que a figura da *exceptio* surgiu em Roma com o intuito de mitigar os rigores do *ius civile*. Originou-se da necessidade de um meio de defesa apto a permitir ao Pretor conhecer de matérias originariamente alheias à fórmula, geralmente ligadas a preceitos de justiça e equidade.

Como *exceptio*, a exceção de contrato não cumprido tem caráter substancial ou material, já que a matéria nela veiculada está afeta ao próprio direito material. Não se alegam, sob a rubrica do instituto aqui analisado, matérias de cunho processual, tão comuns à arguição pela via da exceção.

Opõe-se o excipiente ao excepto, alegando o inadimplemento deste último, como causa de inexigibilidade (provisória) da obrigação por ele reclamada. Em outras palavras, vale-se do excipiente do princípio substantivo do cumprimento simultâneo próprio dos contratos sinalagmáticos⁸⁰.

A exceção de contrato não cumprido age no campo do direito material e se baseia em direito incompatível com aquele invocado pelo excepto para justificar o seu pleito. Ao usar a exceção de contrato não cumprido, o contratante objetiva tolher a eficácia do direito invocado pelo demandante, não a sua existência.

Apresenta, também, uma natureza dilatória, já que não se funda na negativa da obrigação. Nega-se apenas a exigibilidade da prestação demandada, num momento específico, devido ao inadimplemento, ou adimplemento ruim, da contraprestação.

Mesmo com força de coisa julgada, o seu acolhimento não impede a retomada da discussão, por exemplo, em virtude da prova do adimplemento pelo excepto.

Como anota Humberto Theodoro Junior, a exceção não visa a resolver o vínculo obrigacional, nem a isentar o excipiente do cumprimento da prestação demandada. Objetiva apenas o reconhecimento do direito do excipiente de recusar a exigência de cumprimento, que se mostra inexigível enquanto a parte contrária permanecer inadimplente⁸¹.

A decisão que a acolhe reconhece que o autor não cumpriu, nem se ofereceu para cumprir, a prestação que lhe cabia. Reconhece, portanto, a inexigibilidade provisória ou momentânea da prestação demandada. Assim, superado esse óbice, nada impede que a demanda pelo cumprimento da contraprestação seja retomada ou reproposta⁸².

Não haverá decisão reconhecendo a inexistência da obrigação exigida pelo excepto. Nem poderia, já que não terá sido esse o fundamento alegado pelo excipiente, que apenas terá se oposto à demanda pelo inadimplemento do excepto. Sobrevindo o cumprimento, desaparece o motivo que ensejou a oposição da exceção.

O fato de a exceção ser substancial não exclui o traço dilatório, que também caracteriza a exceção de contrato não cumprido. Com efeito, José María Gastaldi e Esteban Centanaro reconhecem que as duas características – dilatória e substancial – não se excluem. Eles afirmam, categoricamente, que a exceção

⁸⁰ Silva, *op. cit.*, p. 334.

⁸¹ Theodoro Jr., Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993, p. 112-113.

de contrato não cumprido tem natureza, além de dilatória, também substancial ou de fundo, inclusive por estar disciplinada na legislação material⁸³.

E os citados professores da Universidade de Buenos Aires tratam de citar julgado no qual a questão vem analisada em termos precisos:

“La excepción de incumplimiento es una excepción dilatoria, mas no en sentido procesal, sino de fondo, toda vez que se funda en el incumplimiento de una obligación contractual, y si es dilatoria lo es porque autoriza a la contraparte a postergar el cumplimiento del contrato y no la prosecución del juicio. (...) (CNCiv., Sala C, 28/II/966, L.L., 122-416).”⁸⁴

A exceção de contrato não cumprido, além de substancial e dilatória, tem caráter dúplice, na medida em que pode vir a traduzir também uma pretensão passível de veiculação na forma de ação autônoma. Ao recusar a prestação devida em razão do inadimplemento alheio, o excipiente, mesmo indiretamente, pressiona pela extirpação da falta contratual.

Com efeito, considerando o inadimplemento do comprador, o vendedor pode adotar duas condutas, uma ativa, em que exige judicialmente a contraprestação. Outra reativa, em que aguarda uma eventual investida do comprador para exigir a entrega da coisa e então opor a exceção de contrato não cumprido, condicionando, assim, a entrega da prestação ao cumprimento da contraprestação.

Por isso, João Calvão da Silva enquadra a exceção ora tratada na espécie das medidas de coerção defensiva, por meio da qual uma parte compele indiretamente a outra ao cumprimento. Segundo este professor:

⁸² A questão do julgamento da demanda na qual a exceção de contrato não cumprido é oposta e acolhida será objeto de tópico específico.

⁸³ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 31-32.

“Os meios de pressão de que o credor pode prover-se para decidir o devedor a cumprir são susceptíveis de revestir múltiplas e variadas formas.

(...)

A coerção defensiva é aquela em que o credor actua passivamente, limitando-se a responder, por omissão ou recusa de cumprir por sua parte, ao não cumprimento pontual do devedor, para defesa e garantia do seu direito. Face ao não cumprimento pontual do devedor, o credor recusa-se a cumprir a sua parte obrigacional, enquanto o devedor não cumprir a sua prestação. Aqui, o credor actua na forma defensiva e esta sua actuação pode revelar-se eficaz meio coercitivo que determine o devedor a cumprir. A fase cominatória resulta da sua passiva e defensiva recusa de não cumprir a prestação a que se encontra adstrito.^{85,}

Além de se portar como uma defesa, papel no qual visa à incolumidade do equilíbrio contratual ou, se se preferir, do aspecto funcional do sinalagma, apresenta-se também como meio de coerção defensiva, como afirmou João Calvão da Silva⁸⁶. Tais funções mostram-se essenciais para o exame mais profundo do instituto, conforme proposto neste trabalho.

Desta forma, a exceção de contrato não cumprido carrega uma pretensão de cumprimento, ainda que indireta, traduzida na forma de coerção defensiva. Essa pretensão, por sua vez, pode ser perfeitamente deduzida na forma de demanda pelo cumprimento da parte inadimplente. São as palavras do jurista português:

“A exceptio non adimpleti contractus desempenha dupla função: a função de garantia e a função coercitiva. A função de garantia, porque permite ao excipiens garantir-se contra as conseqüências, presentes ou futuras, do não cumprimento da(s) obrigações(aos) recíproca(s) do devedor. A função coercitiva porque constitui também um meio de pressão sobre o contratante inadimplente, para este cumprir.^{87,}”

⁸⁵ Silva, *op. cit.*, p. 243-244.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 244.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 336.

O caráter pessoal da exceção de contrato não cumprido, como advertido, será abordado novamente durante o estudo dos impactos da função social do contrato sobre o instituto em tela. Por ora, basta explicitar que a pessoalidade não está unicamente adstrita, como na tradição romana, à manifestação de vontade, mas ao contexto social. Além das partes em sentido estrito, participam também da situação jurídica criada pelo contrato as outras pessoas, físicas ou jurídicas, que tenham alguma proximidade ou contato social com estas partes.

3.4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Sem dúvida, a exceção de contrato não cumprido decorre do princípio da equidade. A ninguém ocorreria tentar justificar, moral ou juridicamente, a exigência, pelo contratante inadimplente, da prestação devida pelo co-contratante. A regra, como já mencionado, é intuitiva e universal.

Aliás, a equidade está presente antes mesmo da existência da *exceptio non adimpleti contractus* como modernamente concebida. Convém lembrar que, no processo formular romano, a própria *exceptio* surgiu para atenuar os rigores formais do *ius civile* e ampliar os poderes do Pretor, para que ele pudesse abordar questões que, originariamente, escapariam ao teor da fórmula.

Não foi diferente no Direito Canônico, cujo desenvolvimento fez surgir efetivamente a exceção de contrato não cumprido com os contornos essenciais que hoje marcam o instituto. A exceção em voga aflorou a partir da regra *frangenti fides, fides frangatur idem*, pela qual o contratante seria

considerado desonerado do juramento no qual repousava a sua obrigação contratual, no caso de inadimplemento atribuível ao outro contratante.

Não se pode negar que o princípio da equidade exerce papel fundamental na estrutura da exceção de contrato não cumprido. Há, inclusive, uma corrente segundo a qual o fundamento buscado repousaria na própria equidade⁸⁸. No entanto, a equidade exerce esse papel em toda e qualquer *exceptio*. Assim, a equidade não pode ser considerada isoladamente, o esteio jurídico que fundamenta e distingue a exceção de contrato não cumprido.

Então, qual é o real fundamento jurídico da exceção de contrato não cumprido? Essa simples indagação tem gerado enormes discussões doutrinárias. Diversas teorias surgiram para tentar explicar a razão de ser do instituto, todas com o intuito de jogar luzes na sua já conturbada interpretação.

Embora a distinção clara do fundamento de qualquer instituto jurídico seja relevante, a questão ganha corpo no estudo da exceção de contrato não cumprido. Se não pela sua já controversa origem, mas pela necessidade enfrentada por juristas de países desprovidos de uma regra genérica de regência. É o caso da França, onde a doutrina desenvolvida a partir de Saleilles esmerou-se para encontrar um fundamento sólido no qual poderia ser fincada a base da aplicação generalizada da exceção de contrato não cumprido⁸⁹.

Sem a pretensão de exaurir o tema, algumas das teorias formuladas para tentar fundamentar a exceção de contrato não cumprido merecem ser lembradas.

⁸⁸ Conforme Massnata, *op. cit.*, p. 25, Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁹ Lopes, *op. cit.*, p. 151.

3.4.1. AS DIVERSAS TEORIAS

Como já foi dito, várias teorias surgiram para tentar fincar o fundamento da exceção de contrato não cumprido. Dentre elas, algumas destacam-se.

A teoria da causa tem em vista a noção de causa nos contratos, tida esta no sentido da finalidade das partes ao contrair as obrigações recíprocas. Todo aquele que se obriga o faz visando a obter alguma vantagem, consubstanciada na contraprestação. Uma obrigação seria, então, a causa da outra. Faltando a contraprestação, não haveria causa para a prestação⁹⁰.

Igualmente, a teoria da vontade presumida das partes toma como premissa a consideração de que, geralmente, a pessoa obriga-se por necessidade ou porque vislumbra alguma vantagem no recebimento da contraprestação. Nesse esteio, a base da exceção seria a evidente vontade presumida das partes de que ambas as prestações sejam não apenas cumpridas, mas também que o sejam simultaneamente. Do contrário, o prazo de cada uma delas teria sido explicitado. Assim, necessariamente, os contratos são dotados de uma cláusula implícita que prevê a exceção de contrato não cumprido⁹¹.

Também se buscou justificar o fundamento da exceção de contrato não cumprido como derivação da resolução por inadimplemento. Se a lei outorga ao contratante lesado pelo inadimplemento o direito de resolver o contrato, com mais razão ainda lhe facultaria simplesmente opor-se à demanda com a qual este pretende exigir a prestação, até que a contraprestação seja cumprida ou, ao menos, oferecida de boa-fé.

⁹⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 163-166; Massnata, *op. cit.*, p. 24; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 33.

⁹¹ Massnata, *op. cit.*, p. 26-27 ; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 33.

Como já versado, esta teoria experimentou um fértil desenvolvimento na doutrina francesa. Decorreu da necessidade de justificar a aplicação genérica da exceção de contrato não cumprido sob a égide do *Code Napoleon*, que previu o instituto apenas para casos específicos, como a compra e venda (artigos 1.612 e 1.613)⁹².

Malgrado a teoria tenha sido efetivamente útil para justificar a aplicação generalizada da exceção de contrato não cumprido em países onde não há regra específica nesse sentido, parece mais explicar adequadamente essa aplicação genérica, do que propriamente o fundamento da exceção.

A própria relação de interdependência entre as obrigações, qualificada como sinalagma, foi utilizada como fundamento para a exceção de contrato não cumprido. Segundo José María Gastaldi e Esteban Centanaro⁹³, o verdadeiro conceito de bilateralidade implica não só a obrigação de cada parte ao cumprimento da obrigação assumida, mas também uma relação de interdependência entre essas obrigações, de modo que uma não é devida se a outra não o for. Aí residiria o fundamento da exceção em tela.

Serpa Lopes lembra que Cassin retoma a idéia da equidade como fundamento da exceção de contrato não cumprido. Porém, propõe qualificá-la pelo sinalagma, para reduzir o alto grau de abstração propiciado pelo uso isolado da equidade. O autor sustenta que a equidade ganha corpo e contexto ao servir de eixo para manter um equilíbrio determinado pelas próprias partes, durante a celebração do negócio jurídico do qual irradiam as obrigações ligadas

⁹² Lopes, *op. cit.*, p. 151.

⁹³ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 34-36.

pelo vínculo sinalagmático. A finalidade é evitar o subjetivismo exacerbado a respeito do alcance da equidade e da valoração das obrigações assumidas⁹⁴.

A eliminação do enriquecimento sem causa também serviu de sólida base justificadora da exceção de contrato não cumprido. Sustenta-se, nessa esteira, que a simples relação sinalagmática não basta para justificar a exceção sob exame⁹⁵.

A verdadeira razão pela qual uma parte pode, lícitamente, deixar de cumprir a obrigação quando a outra está inadimplente reside em que, desaparecendo a prestação, desaparece com ela a causa justificadora do enriquecimento do beneficiário da prestação.

Essa causa, por sua vez, sofre uma bipartição entre causa mecânica e causa estática. A causa mecânica repousa no meio jurídico utilizado para justificar a transferência patrimonial. No caso dos direitos obrigacionais, um exemplo seriam os contratos. Já a causa estática está afeta à existência do contra-enriquecimento que justifique definitivamente a transferência patrimonial.

De modo que, sendo inidôneo o meio jurídico, a questão é de validade do negócio jurídico pelo qual ocorre a transferência patrimonial. Por outro lado, sendo idôneo o meio jurídico, mas faltando a contraprestação, a transferência patrimonial não poderia ser, do ponto de vista jurídico, definitivamente justificada.

⁹⁴ Lopes, *op. cit.*, p. 167-170.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 171-177.

Não se justifica que, sem oferecer a vantagem esperada pelo outro contratante, a parte seja beneficiada pelo acréscimo patrimonial derivado, direta ou indiretamente, da prestação objeto da obrigação recíproca. Deve haver, assim, “contra-enriquecimento”.

É inegável a relação desta teoria com o conceito de causa da obrigação nos contratos sinalagmáticos, isto é, a concepção de que, em tais avenças, uma obrigação é causa da outra, distinta, ainda, da causa do contrato.

No entanto, é preciso destacar algumas críticas feitas à teoria da eliminação do enriquecimento. A primeira consiste em que, nos contratos aleatórios, esta noção poderia ficar prejudicada, uma vez que a contraprestação está subordinada a um evento futuro e incerto, que pode, inclusive, nunca ocorrer.

A segunda crítica refere-se à colocação da exceção de contrato não cumprido e à resolução contratual, como questões a serem enfrentadas sob o signo do enriquecimento sem causa. Isto porque, se a resolução fosse aplicada apenas para evitar o enriquecimento injustificado, caberia somente nos casos de insolvência da parte inadimplente, já que, enquanto estiver solvente, pode-se exigir o cumprimento pela via judicial⁹⁶.

É necessário fazer, ainda, outra ressalva à teoria da eliminação do enriquecimento: diferentemente do que ocorre na Itália, onde a teoria surgiu pelas mãos de Gorla⁹⁷, no Direito Brasileiro os contratos podem

⁹⁶ Lopes, *op. cit.*, p. 176-177.

⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 171.

dispor sobre questões não patrimoniais, embora a patrimonialidade seja, sem dúvida, a esmagadora maioria dos negócios celebrados.

O Código Civil não contém dispositivo restritivo semelhante ao artigo 1.321 do *Codice Civile* que, delimitando a noção legal, dispõe: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

Nos casos em que o contrato não regular uma relação jurídica de caráter patrimonial, não será possível divisar com precisão a questão da eliminação do enriquecimento injustificado ou sem causa.

Picard e Prudhomme formularam a sua teoria partindo do equilíbrio das prestações⁹⁸. Identificaram três categorias diferentes de inexecução: das obrigações essenciais – aquelas necessárias à formação do contrato e que exercem, reciprocamente, o papel de equivalente jurídico (ou causa) – ; de obrigações acessórias; e da obrigação geral de boa-fé.

Considerando que as obrigações essenciais colocam-se uma em relação à outra como equivalente jurídico, há entre elas uma relação de equilíbrio, marca distintiva de todo contrato sinalagmático. Uma vez havida a inexecução, total ou parcial, de uma das obrigações essenciais, rompe-se o equilíbrio, justificando assim a reação do ordenamento jurídico, manifestada pela resolução ou pela exceção de contrato não cumprido.

A teoria também sofreu críticas⁹⁹, devido à ausência de uma noção precisa do que seja esse equilíbrio entre as prestações, que se propugna

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 177-181.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 180-181.

deva ser mantido durante a vida do contrato. Além disso, a ausência de recurso à noção de eliminação do enriquecimento injustificado tornaria incabível a resolução contratual quando a obrigação inadimplida ainda fosse possível e o devedor, perfeitamente solvente.

Considerando que, nos contratos bilaterais, o ordenamento jurídico deve visar à tutela do interesse do credor insatisfeito, Auletta recorre à noção de sanção para tentar justificar a exceção de contrato não cumprido. Esta seria uma sanção prevista no caso de inadimplemento voluntário por parte daquele que exige o cumprimento de uma obrigação.

Esta concepção recebeu uma crítica procedente, já que a exceção de contrato não cumprido não pode ser vista como verdadeira sanção. Trata-se, pelo contrário, de medida preventiva que tende a compelir o devedor a cumprir a sua obrigação.

3.4.2. SOLUÇÃO RACIONAL DO PROBLEMA

A análise de algumas teorias construídas para tentar isolar o fundamento jurídico da exceção de contrato não cumprido revela a existência de diversos fundamentos plausíveis, mas nenhum de caráter decisivo que justifique, por si só, a exceção de contrato não cumprido.

Ao menos em parte, pode-se atribuir essa variedade de teorias ao fato de todas elas gravitarem sobre temas que se comunicam em vários pontos, como a equidade, o sinalagma, a resolução por inadimplemento contratual, o equilíbrio das prestações, o enriquecimento sem causa e a causa das obrigações.

Inegavelmente, não há como explicar o equilíbrio das prestações em um contrato bilateral sem recorrer à noção de sinalagma que, por sua vez, está calcado em um preceito de equidade.

Localizada essa característica, deve-se concluir que as diversas teorias sobre o fundamento jurídico da exceção de contrato não cumprido mantêm uma relação de complementaridade e não de exclusão. Para identificar o fundamento jurídico procurado, é necessário aliar os diversos elementos procedentes de cada teoria, sem tentar escolher uma delas.

Não se traz aqui qualquer novidade. Ao escrever sobre as várias teorias surgidas com o propósito de encontrar o fundamento jurídico da exceção de contrato não cumprido, Hector Massnata já citava o que chamou de *fundamentaciones complejas*¹⁰⁰, que lançam mão da intersecção de duas ou mais teorias para tentar elaborar o fundamento jurídico da exceção de contrato não cumprido.

Irretocável, a esse respeito, a lição de Serpa Lopes, para quem a fundamentação da exceção de contrato não cumprido resulta da união de três fatores: equidade, equivalência subjetiva entre as prestações e eliminação do enriquecimento injustificado como forma de manter o equilíbrio¹⁰¹.

Sem dúvida, a equidade está na base do instituto, pois contém a idéia de justiça e tratamento isonômico. A afirmação de que em uma relação contratual as partes merecem tratamento equitativo não deve gerar grandes discussões. Para tanto, esta relação deve ser presidida pela equidade.

¹⁰⁰ Massnata, *op. cit.*, p. 27-28.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 187-192.

Em uma posição concêntrica se comparada à equidade, mas com uma latitude menor, segue-se a noção de equivalência entre as prestações. Não se imagina como atingir a equidade em uma dada relação negocial formada por prestações intoleravelmente desproporcionais.

Por outro lado, essa equivalência pode ser qualificada segundo um conceito concêntrico aos dois anteriores, mas com latitude ainda menor e, por isso, mais concreto. Trata-se da eliminação do enriquecimento, necessário em qualquer relação obrigacional, dado não haver equivalência, e muito menos equidade, que resista ao enriquecimento injustificado de alguém em detrimento do empobrecimento de outrem, que não recebe a contraprestação contratada, embora tenha cumprido a prestação.

A associação desses fatores explica, com suficiente precisão, o fundamento que se pretende identificar, mesmo naqueles ordenamentos jurídicos carentes de regra específica de regência, como o Direito francês.

No entanto, essa mesma associação não se mostra capaz de justificar a escolha desses três fatores para ocupar uma posição de primazia na busca do fundamento da exceção de contrato não cumprido. A indicação poderia parecer, por isso, arbitrária e inconsistente.

Não se trata, contudo, de arbitrariedade nem mesmo de indicação aleatória. A explicação decorre da própria função exercida pelos contratos bilaterais no âmbito da vida em sociedade.

O contrato é, por excelência, o mais relevante veículo

jurídico empregado para a circulação de bens e riquezas. O homem contrata porque não é auto-suficiente, mas sim essencialmente gregário. Não consegue suprir sozinho as necessidades que a vida apresenta. Por isso, vale-se do contrato, oferecendo a outrem o excedente de seu trabalho, em troca do excedente de outrem, do qual precisa para sobreviver.

Não por outro motivo, os atos de liberalidade são tratados como excepcionais pela legislação, como a doação, que deve obedecer a uma formalidade específica, com regras diferenciadas de capacidade e limites quantitativos, como proibir alguém de doar bens, sem manter alguns, suficientes à sua sobrevivência.

Daí o caráter fundamental do sinalagma, da equivalência entre as prestações e da vedação do enriquecimento sem causa. Quem contrata pretende obter contraprestação que é, em última análise, a causa da prestação. No âmbito dos contratos sinalagmáticos, o enriquecimento sem causa de uma das partes significa que a outra sofreu um empobrecimento, igualmente injustificado. Com isso, esse alguém ficou alijado da contraprestação a que visava ou de que precisava.

Ocorre que, conforme abordado ao passar em revista a teoria da equivalência das prestações, a simples noção de equilíbrio, assim como a de equidade, apresenta-se muito ampla, dificultando a perfeita compreensão e aplicação da exceção de contrato não cumprido.

Para minimizar os efeitos desta amplitude, é imprescindível recorrer à idéia da eliminação do enriquecimento sem causa. O efeito dessa associação, é uma noção mais clara e concreta da equivalência das prestações,

extirpando-se, por exemplo, o risco de se tomar por não equivalentes as prestações que têm apenas variações aceitáveis em suas valorações econômicas.

Por sua vez, essa equivalência entre as prestações pode ser entendida em caráter objetivo ou subjetivo. Conforme lembra Serpa Lopes¹⁰², a doutrina alemã construiu a *Äquivalenztheorie*, segundo a qual as prestações deveriam estar em equivalência sob o ponto de vista objetivo. Com isto, pretende-se dizer que as prestações deveriam ser economicamente compatíveis e ter a mesma expressão pecuniária.

Na lição do jurista argentino Juan Carlos Rezzónico, equivalência objetiva significa que cada parte contratual deve receber uma prestação que seja, a respeito da sua, e sem qualquer referência à sua valoração pessoal, equitativa, isto é, suficiente, justa, razoável. E deverá haver, como consequência, uma distribuição das cargas e riscos vinculados ao negócio¹⁰³.

Esta teoria sofreu duras críticas, sendo a primeira puro reflexo da interpretação tradicional da teoria contratual calcada, apenas e tão-somente, no império da vontade. Nos termos da teoria tradicional, o contrato seria, por si só, a encarnação própria da justiça, refletindo apenas e tão-somente a vontade livre dos contratantes, senhores de seus direitos e interesses.

Empreender a valoração da justiça do contrato a partir do seu conteúdo configuraria uma afronta ao direito subjetivo, *alma mater* do direito privado tradicional, ferindo de morte a intocável vontade do homem, cujo império deveria reinar soberano em relação ao chamado direito objetivo.

¹⁰² Lopes, *op. cit.*, p. 187-189.

¹⁰³ Rezzónico, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 311.

A corrente apegada à doutrina contratual tradicional faz vista grossa ao fato de, raramente, os contratantes se encontrarem em pé de absoluta igualdade, quer seja em termos econômicos ou técnicos, quer seja em termos de posição ocupada no mercado.

O velho aforismo *qui dit contratuel dit juste*, cunhado no auge do liberalismo que presidiu a interpretação do direito privado nos séculos XIX e XX, não mais se justifica, pois não há garantia de justiça decorrente desse mecanismo contratual na dinâmica de uma economia de mercado¹⁰⁴.

Não se pode mais enxergar o direito contratual como uma bandeira fincada sob o mastro solitário da autonomia da vontade ou, como alude o Professor Rezzónico, como um *ponto de Arquimedes*, sustentáculo único de toda uma teoria.

Pelo contrário, deve-se buscar sempre o equilíbrio, o balanço harmônico entre os diversos princípios que informam a moderna teoria contratual, de modo que todos sejam, na medida do possível, preservados, e se atinja uma unidade dialética pelo entrelace da autonomia privada, segurança jurídica, equidade, justiça contratual e tutela da confiança.

Houve outras críticas à teoria da equivalência puramente objetiva das prestações. Dentro das circunstâncias específicas do objeto das prestações comparadas, da conjuntura do lugar e/ou do tempo da celebração do contrato e até mesmo de características das partes, nem sempre é possível estabelecer de antemão uma equivalência objetiva entre as prestações. Nestes casos, entender configurada a ruptura da equivalência entre as prestações traria uma enorme insegurança jurídica, inviabilizando o convívio social.

¹⁰⁴ Rezzónico, *op. cit.*, p. 313.

Além disso, salientou-se em doutrina que a perfeita equivalência entre as prestações seria absolutamente estranha às relações sinalagmáticas, dada a necessidade de se obter vantagens em troca da prestação prometida. Isso permite que a divergência dos graus de utilidade entre prestação e contraprestação seja não só tolerável, mas necessária à adequada circulação de riquezas na sociedade¹⁰⁵.

Soma-se, ainda, a crítica de que, mesmo que uma determinada prestação tenha um valor econômico, não se pode simplesmente desconsiderar o valor que a parte atribui à prestação e, principalmente, à contraprestação. O elemento volitivo não pode ser completamente descartado ao se investigar a equivalência entre as prestações.

Com isso, surge a necessidade de analisar o reverso da moeda: o caráter subjetivo da equivalência entre as prestações. Essa equivalência deve ser volitiva, isto é, desejada pelas partes no momento da celebração do contrato. Significa, nas palavras do Professor Juan Carlos Rezzónico, que nos contratos sinalagmáticos as prestações convencionadas devem ter igual valor, ao menos segundo as idéias ou as representações pessoais das partes contratantes¹⁰⁶.

Ao entabular um contrato, as partes fazem juízos de valoração da expressão que, para elas, têm a prestação e a contraprestação. Dá-se cumprimento ao princípio da equivalência das prestações na exata medida em que as partes, livre e conscientemente, sem quaisquer intervenções, desvios,

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 313.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 316.

influências externas ilícitas de qualquer tipo, estimam compatíveis prestação e contraprestação¹⁰⁷.

Embora essas prestações ligadas pelo sinalagma possam ter expressão destoante, sob a ótica estritamente econômica ou objetiva, tal situação, em princípio, não induz necessariamente a ruptura da equivalência das prestações.

Em princípio, parece lógico que a parte que esteja pronta para fazer alguma concessão ou sacrifício, em prol da obtenção de uma dada contraprestação, avalie a relação de equivalência com a prestação, fazendo-o de acordo com os seus próprios critérios.

Lembre-se do caso de bens de inestimável valor sentimental em poder de terceiros ou, ainda, dos chamados itens de colecionador. Possivelmente, para o vendedor de tais bens, a respectiva expressão econômica seja insignificante, embora possuam um valor inestimável para o comprador. Nessas situações, há o que se pode chamar de valor subjetivo justificado, que não enseja o desfazimento do negócio ou a sua revisão¹⁰⁸.

Por este motivo, o Professor Juan Carlos Rezzónico anota com precisão, baseado na doutrina de Enneccerus e Lehman, que não se requer a equivalência objetivamente valorada das prestações prometidas, mas sim que o prometido seja efetivamente equivalente, segundo a intenção declarada, de forma expressa ou tácita, pelas partes¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Para os casos de abuso de direito, dolo, erro, culpa lesão etc., a questão merecerá tratamento específico pelo ordenamento jurídico, que nada tem a ver com a fundamentação jurídica da exceção de contrato não cumprido ou com o escopo do presente trabalho.

¹⁰⁸ Rezzónico, *op. cit.*, p. 316.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 317.

Feitos esses posicionamentos, a associação entre critérios objetivo e subjetivo surge como a forma mais correta de valoração da equivalência.

Não se ignora, de um lado, que a exigência de uma perfeita equivalência econômica entre as prestações inviabilizaria a celebração de negócios jurídicos, que carregariam o fardo da insegurança. E, embora não seja o único princípio contratual, a segurança não pode ser simplesmente aniquilada, devendo também estar minimamente presente nas relações obrigacionais.

Por outro lado, tampouco se mostra menos verdadeira a constatação de que o simples arbítrio das partes supostamente dotadas de liberdade de contratar não é capaz de garantir a justiça contratual. Isto porque, como já foi dito, raramente as partes estão em condições de perfeita igualdade.

Como medida de justiça corretiva, deve-se coibir os abusos cometidos sob a flâmula da autonomia da vontade, impedindo-se não o mau negócio, mas o negócio exploratório, que subjuga um contratante ao outro e gera o enriquecimento sem causa de um, à custa do correspondente empobrecimento do outro.

Com isso, conclui-se que o fundamento da exceção de contrato não cumprido repousa na associação entre equidade, equivalência das prestações e eliminação do enriquecimento injustificado ou sem causa. Tudo no intuito de qualificar e precisar o equilíbrio a ser observado em toda e qualquer relação contratual sinalagmática.

Conclui-se também que a exceção de contrato não cumprido

veicula uma regra natural, lógica, pela qual só tem direito a exigir a contraprestação aquele que prestou ou, ao menos, ofereceu a prestação. A sua harmonia com os princípios gerais de direito é tanta que, como já se mencionou, aplica-se em inúmeros ordenamentos jurídicos, mesmo quando não é tratada expressamente.

4. INSTITUTOS CONGÊNERES

A exceção de contrato não cumprido guarda grandes semelhanças com diversos outros institutos. Em virtude dessa situação, faz-se necessário distinguir claramente a exceção objeto do presente estudo desses institutos afins, a saber, a compensação, o direito de retenção e a cláusula resolutória tácita.

Procura-se evitar confusões terminológicas e mesmo equiparações indevidas, a exemplo do que ocorreu no Direito francês, em que se buscou justificar a aplicação generalizada da exceção de contrato não cumprido pela equiparação ao direito de retenção.

Não se pretende discorrer profundamente sobre todos estes institutos, posto escaparem ao objeto de investigação deste trabalho. Tal intento constituiria até mesmo uma impropriedade epistemológica e significaria o desvio da rota inicialmente proposta.

Cada um desses institutos poderia, por si só, justificar a elaboração de trabalho monográfico específico. O intuito deste capítulo consiste em abordar tais institutos especificamente do ponto de vista do cotejo com a exceção de contrato não cumprido, suas afinidades e diferenças.

4.1. COMPENSAÇÃO

A compensação, no Direito das Obrigações, tem origem tão

controversa quanto a da exceção de contrato não cumprido. No entanto, em essência, pode-se dizer que ela é uma modalidade de extinção das obrigações quando duas pessoas forem, reciprocamente, credora e devedora, de obrigações cujo objeto refere-se a coisas fungíveis, da mesma espécie e qualidade, sobre as quais não pendam direitos de terceiros e que representem dívidas líquidas, certas e exigíveis¹¹⁰.

Surge, então, a primeira semelhança – tanto a compensação quanto a exceção de contrato não cumprido requerem a existência de relações obrigacionais recíprocas.

Porém, é preciso examinar a semelhança com cuidado. A exigência de obrigações recíprocas obedece a padrões diferentes, num e noutro caso. Na compensação, exige-se apenas a existência de créditos e débitos recíprocos. Para a exceção de contrato não cumprido, as obrigações devem ser interdependentes, isto é, ligadas estruturalmente, de forma a serem causa uma da outra.

A segunda semelhança entre compensação e exceção de contrato não cumprido reside em que ambas encarnam exceções no sentido técnico do termo, embora tal entendimento não seja pacífico¹¹¹.

¹¹⁰ Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. II, p. 169.

¹¹¹ Nos sistemas em que a compensação deve ser alegada pela parte, como o alemão e o suíço (artigos 388, do BGB e 124, do Código Suíço das Obrigações, respectivamente), não se questiona a natureza de exceção da compensação. A questão surge nos ordenamentos como o brasileiro, segundo os quais a compensação opera *pleno iure* ou de “pleno direito”, na esteira do *Code Napoleon*. Com arrimo nos termos imperativos do artigo 368 do Código Civil, afirma-se que a compensação opera “de pleno direito” e, portanto, não dependeria de alegação pela parte beneficiada. Sob esse aspecto, não poderia ser tida como exceção, caracterizada esta por veicular matérias infensas à apreciação judicial, salvo quando invocadas pela parte beneficiada, mas sim como defesa substancial. O eminente Professor Renan Lotufo recolocou a discussão em seus devidos termos, destacando com acerto: “É de observar que descabe a declaração de ofício pelo juiz, mas, uma vez alegada pela parte, a que convenha, e declarada judicialmente, seus efeitos retroagirão à data em que se verificou a reciprocidade das dívidas. Portanto, a legal não decorre de efeito direto e imediato da lei, mas é um direito a ser invocado pela parte interessada, que, se comprovados os requisitos, implica decisão vinculada do juízo.” (*Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 374). Nisso, é acompanhado por Serpa Lopes, Miguel Maria, segundo quem o verdadeiro sentido da operação de efeitos “de pleno direito” respeita ao momento a partir do qual a compensação se produz, aluindo especificamente à sua eficácia *ex tunc* (*op. cit.*, p. 200-201). Desta forma, a eficácia *pleno iure* ou “de pleno direito” da compensação, ligada à sua forma de atuação nos sistemas de

Não obstante, compensação e exceção de contrato não cumprido encarnam tipos distintos de exceção. Esta tem caráter dilatatório e visa apenas à suspensão temporária da pretensão dirigida contra o excepto. Da compensação, diz-se ter caráter peremptório: como modalidade especial de extinção das obrigações, libera os devedores; põe fim ao vínculo obrigacional¹¹², embora sem pagamento¹¹³.

São precisas, sobre o tema, as palavras de Jacques Ghestin¹¹⁴:

“Cette différence essentielle est atténuée cependant par cette double considération que l’exception vise finalement à l’exécution complete, donc à l’extinction du rapport obligatoire.”

Há ainda outras distinções entre exceção de contrato não cumprido e compensação.

A compensação exige a presença de dívidas recíprocas e homogêneas (fungíveis) entre si. As prestações devem ostentar identidade de gênero, espécie e qualidade¹¹⁵. A exigência não se manifesta no que se refere à exceção de contrato não cumprido. Isso decorre da própria finalidade de cada

tradição francesa, não lhe medra a natureza de exceção. Conforme a precisa lição de Caio Mário da Silva Pereira, sendo lícito ao devedor renunciar à compensação, inclusive tacitamente, descabe a declaração judicial de ofício sobre a matéria (*op. cit.*, p. 170). Exige-se a oposição da *exceptio compensationis*. Embora reconheça essa dimensão da expressão *pleno iure* associada à compensação, Miguel Maria de Serpa Lopes lista como diferença entre compensação e exceção de contrato não cumprido o fato de aquela, ao contrário desta, poder ser declarada de ofício (*op. cit.*, p. 302). Discorda-se, pelos fundamentos expostos, do entendimento do mestre pioneiro no tema na doutrina nacional. De resto, o fato de a lei – artigo 368 do Código Civil – possuir termos imperativos, não parece argumento definitivo. Basta lembrar que o artigo 476 do aludido corpo legal afirma, peremptoriamente, que o contratante inadimplente não pode demandar o outro contratante pelo adimplemento da obrigação deste último. Aí também o legislador empregou termos imperativos, não se duvidando, contudo, da imprescindibilidade da invocação da exceção de contrato não cumprido, para paralisação da demanda pelo cumprimento.

¹¹² Venosa, *op. cit.*, p. 244-245; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 40; Lopes, *op. cit.*, p. 202.

¹¹³ Pereira, *op. cit.*, p. 177.

¹¹⁴ Ghestin, *op. cit.*, p. 356.

¹¹⁵ Pereira, *op. cit.*, p. 170.

instituto. Sem visar a exceção à extinção dos vínculos obrigacionais recíprocos, não faria sentido exigir-se a identidade aludida.

De outro lado, ainda devido à finalidade de cada instituto, a compensação pressupõe apenas dívidas recíprocas, pouco importando a respectiva origem (legal, convencional etc.). Já a exceção tem o seu campo de atuação delimitado pelas relações jurídicas sinalagmáticas, nas quais as prestações apresentam conexão estrutural¹¹⁶.

4.2. DIREITO DE RETENÇÃO

As intrincadas relações entre direito de retenção e exceção de contrato não cumprido arrastam-se há séculos. Como se viu, a discussão ganhou destaque na França, onde a carência legislativa levou a doutrina a encontrar no direito de retenção a justificação primeira da exceção, afirmando ser esta mero desdobramento daquele¹¹⁷.

A aproximação entre os institutos é tanta que alguns códigos chegam a tratar ambos sob a mesma rubrica, como faz o Código Civil de Quebec¹¹⁸. Acompanhando essa aproximação, a doutrina apresenta diversos exemplos nos quais, embora sob a máscara do direito de retenção, são analisados

¹¹⁶ Lopes, *op. cit.*, p. 202-203; Massnata, *op. cit.*, p. 39-40; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 39-40.

¹¹⁷ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 36; Massnata, *op. cit.*, p. 42-43; Lopes, *op. cit.*, p. 206.

¹¹⁸ “§ 2 – *De l'exception d'inexécution et du droit de retention*

Art. 1.591 – *Lorsque les obligations résultant d'un contrat synallagmatique sont exigibles et que l'une des parties n'exécute pas substantiellement la sienne ou n'offre pas de l'exécuter, l'autre partie peut, dans une mesure correspondante, refuser d'exécuter son obligation corrélative, à moins qu'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des usages qu'elle soit tenue d'exécuter la première.*

Art. 1.592 – *Toute partie qui, du consentement de son cocontractant, détient un bien appartenant à celui-ci a le droit de le retenir jusqu'au paiement total de la créance qu'elle a contre lui, lorsque sa créance est exigible et est intimement liée au bien qu'elle détient.*

Art. 1.593 – *Le droit de rétention qu'exerce une partie est opposable à tous.*

La dépossession involontaire du bien n'éteint pas le droit de rétention; la partie qui exerce ce droit peut revendiquer le bien, sous réserve des règles de la prescription.”

casos de aplicação da exceção de contrato não cumprido. À guisa de ilustração, cita-se, na doutrina Argentina, o eminente tratadista Guillermo A. Borda, que alude ao direito de retenção do preço pelo comprador, face ao inadimplemento, total ou parcial, do devedor, quanto à entrega da coisa¹¹⁹.

Arnoldo Medeiros da Fonseca¹²⁰ e Serpa Lopes¹²¹ apontam a existência de três correntes distintas acerca da relação entre os institutos: a primeira sustenta a identidade dos institutos, capitaneada por B. Lancantinierie e De Loynes¹²²; a segunda propugna a distinção intransigente entre os institutos, com arrimo nas lições de R. Cassin; e, por fim, a terceira, dita eclética, segundo a qual, embora se trate de institutos diferentes, representa dois aspectos de um mesmo problema¹²³.

Mesmo na doutrina brasileira, autores de renome equivalem a exceção de contrato não cumprido ao direito de retenção, como o fez o Professor Eduardo Espínola¹²⁴:

“O direito de retenção é uma garantia que a lei concede ao credor e que consiste em conservar este, até que seja satisfeito o seu crédito, determinadas coisas que se acham em seu poder em conexão com o mesmo crédito, mas que são devidas a outrem; ou, em outras palavras, o direito de retenção consiste na faculdade atribuída a alguém pela lei, de conservar a prestação que deve a outrem, ou a coisa pertencente a outrem até que satisfaça a contraprestação que lhe compete, ou pague o que lhe deve por despesas feitas com a mesma coisa.

(...)

Aplica-se ao caso de restituição da coisa pertencente a outrem, que o credor detém por título legítimo, ao pagamento consistente na

¹¹⁹ Borda, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: contratos*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, tomo I, p. 176-182.

¹²⁰ Medeiros da Fonseca. *Direito de retenção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 129-136.

¹²¹ Lopes, *op. cit.*, p. 207-217.

¹²² Hector Massnata acompanha tal corrente, afirmando serem os institutos diferentes quanto à essência, ao fundamento e âmbito de aplicação (*op. cit.*, p. 43).

¹²³ Essa, inclusive, a posição adotada por Lopes, *op. cit.*, p. 218-219.

¹²⁴ Espínola, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2004, p. 272-274.

prestação de uma coisa que o alienante transfere a outrem para garantia da contraprestação; pode ainda opor-se às ações reais.

(...)

A distinção que fizemos no primeiro tomo entre contratos sinalagmáticos perfeitos e imperfeitos correspondia ao direito anterior ao Código Civil. Parece-nos que, no caso do art. 1.092, 2ª alínea (Nota da Atualização: CC 2002, art. 477) ... se exerce um verdadeiro direito de retenção, embora o legislador não empregue essa expressão.”

Com Arnaldo Medeiros da Fonseca, pode-se definir direito de retenção como

*“faculdade, concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que a deveria restituir se o seu crédito não existisse, e normalmente até a extinção deste.”*¹²⁵,

Como destaca o saudoso professor, autor de obra paradigmática sobre direito de retenção, este direito e a exceção de contrato não cumprido aproximam-se por assegurar ao devedor a faculdade de resistir à demanda do credor enquanto pender obrigação correlativa por parte do credor¹²⁶. Ambos têm a natureza de *exceptio strictu sensu*¹²⁷, substanciais e dilatórias.

Por isso, pode-se dizer que ambos são meios privados de coerção defensiva postos à disposição do devedor para influenciar o comportamento do credor (também devedor), visando ao cumprimento da obrigação correlativa¹²⁸. Para tanto exige-se, nos dois casos, alguma relação entre crédito e débito confrontados, embora em níveis diferentes, conforme se verá, em seguida.

¹²⁵ Medeiros da Fonseca, *op. cit.*, p. 112.

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 126. No mesmo sentido, Lopes, *op. cit.*, p. 210. A aproximação se dá com maior intensidade quando se analisa o caso da obrigação de dar.

¹²⁷ Silva, *op. cit.*, p. 348.

¹²⁸ Medeiros da Fonseca, *op. cit.*, p. 339.

Mais: aproximam-se por encontrar, embora remotamente, um fundamento comum na equidade, imbuído do pensamento de garantia como forma preventiva de induzir o adimplemento alheio¹²⁹, bem como pelo fato de ambos terem força meramente dilatória, não lhes sendo característico o efeito extintivo do vínculo obrigacional¹³⁰.

No entanto, em que pese à semelhança no funcionamento de um e de outro, bem como à indicação de parte da doutrina¹³¹ segundo a qual ter-se-ia dois aspectos do mesmo problema, está-se diante de institutos distintos.

O direito de retenção tem feição real¹³² e recai diretamente sobre a coisa alheia em detenção legítima, com a qual estabelece relação direta. Confere ao respectivo titular o poder de reter a coisa *alheia*, inclusive perante terceiros, como o *verus dominus*, nos casos de evicção, que não participa do negócio jurídico viciado¹³³.

A exceção, por sua vez, incidindo em relações obrigacionais marcadas pelo sinalagma, delimitadoras de seu âmbito de aplicação, tem caráter pessoal¹³⁴. Incide não diretamente sobre coisa alheia, mas sobre uma prestação devida em virtude de vínculo obrigacional¹³⁵.

¹²⁹ *Idem, ibidem.*, p. 138; Silva, *op. cit.*, p. 336-338 e 345-347.

¹³⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 217.

¹³¹ Conforme Lopes, *op. cit.*, p. 219.

¹³² Entendimento também perfilhado por Massnata, *op. cit.*, p. 43. Já José María Gastaldi e Esteban Centanaro consideram equivocado distinguir exceção e direito de retenção com base no suposto caráter real deste último, tendo em vista ser ele mera qualidade acessória das obrigações, desprovido dos direitos de seqüela e de preferência (*op. cit.*, p. 38). Com Arnaldo Medeiros da Fonseca, pede-se vênia para discordar do entendimento dos ilustres professores da Universidade de Buenos Aires. A limitação, ou ausência, de tais características não afeta o caráter real do direito de retenção, advindo do fato de recair diretamente sobre a coisa, em relação à qual confere a lei um poder ao devedor-detentor. Os direitos de seqüela e de preferência podem ser tolhidos ou subtraídos do direito real, seja em razão da natureza especial da coisa, seja em razão do modo de ser do próprio direito real, hipótese do direito de retenção (*op. cit.*, p. 252).

¹³³ Arnaldo Medeiros da Fonseca lembra que, desprovido da oponibilidade a terceiros, o direito de retenção seria letra morta, garantia ineficaz, uma vez que bastaria a alienação da coisa para burlá-lo e fazer com que o detentor da coisa perdesse o objeto de sua garantia (*op. cit.*, p. 253).

¹³⁴ Miguel Maria de Serpa Lopes prefere a formulação segundo a qual a exceção de contrato não cumprido não tem natureza jurídica específica, que será designada casuisticamente devido à relação que lhe dá causa (*op. cit.*,

Logo, direito de retenção independe de qualquer convenção entre as partes, pois deriva diretamente da lei. Exige-se, apenas, a existência de coisa alheia¹³⁶, legitimamente detida pelo devedor, sobre quem recai a obrigação de restituição e que ele tenha se tornado credor do respectivo proprietário devido a despesas conexas a essa mesma coisa (*debitum cum re junctum*).

Já na exceção de contrato não cumprido, não há qualquer exigência relativa ao tipo de prestação, podendo incidir sobre obrigações de dar, fazer e até mesmo de não fazer. Por via de consequência, não se limita o objeto da prestação às coisas suscetíveis de detenção material. No entanto, exige-se que a prestação seja devida por causa de uma relação sinalagmática, não assim, de um débito conexo à coisa, como se vê no direito de retenção¹³⁷.

Esta distinção torna-se mais clara com o exemplo do transportador de carga, citado pelo Professor Arnaldo Medeiros da Fonseca¹³⁸, que não pode invocar a exceção de contrato não cumprido para não entregar ao proprietário a mercadoria transportada. Invocar a exceção seria até mesmo impróprio, pois esta importa a suspensão da prestação e, no caso, a prestação devida – transporte da mercadoria – já terá sido cumprida, ainda que, na pior das hipóteses, na sua maior parte.

p. 210). Adota-se o entendimento segundo o qual o direito de retenção tem natureza de direito real de garantia, não cabendo no escopo do presente trabalho maiores discussões a respeito. Para maior aprofundamento, recomenda-se ler a obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca. *Direito de retenção*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944, especialmente o capítulo V, p. 237-262.

¹³⁵ Medeiros da Fonseca, *op. cit.*, p. 139-140; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 37; Massnata, *op. cit.*, p. 44 entendem que a exceção de contrato não cumprido e o direito de retenção obedecem à mesma ordem de idéias, que é assegurar o cumprimento das prestações recíprocas nos contratos sinalagmáticos. Discorda-se do entendimento dos juristas argentinos porque, de um lado, o direito de retenção não requer qualquer convenção entre as partes, apenas o *debitum cum re junctum*. De outro lado, a exceção não se presta a justificar a retenção de coisa alheia.

¹³⁶ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 38.

¹³⁷ Lopes, *op. cit.*, p. 211; Silva, *op. cit.*, p. 350; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 38.

¹³⁸ Medeiros da Fonseca, *op. cit.*, p. 139.

No entanto, tratando-se de coisa alheia, e havendo despesas conexas ao seu acondicionamento durante o transporte, afigura-se perfeitamente cabível o direito de retenção para justificar a recusa do transportador em entregar a mercadoria ao proprietário inadimplente.

Outra decorrência de sua feição real consiste em que o direito de retenção afigura-se indivisível, como, em geral, acontece com os direitos reais de garantia. Além disso, o seu campo de incidência é delimitado pelos casos previstos em lei. Por sua vez, enquanto corolário do princípio da equivalência das prestações e do sinalagma, a exceção de contrato não cumprido cabe sempre nos casos de adimplemento simultâneo ou de relações de trato sucessivo¹³⁹, mesmo não havendo regra específica ou geral sobre a matéria.

Apesar de ambos, direito de retenção e exceção de contrato não cumprido, serem dotados de eficácia meramente dilatória, nas hipóteses nas quais se autoriza o emprego da exceção surge, para o titular, também o direito de resolução. Quando, porém, se trata de puro direito de retenção, não se admite a hipótese de o beneficiado pleitear a detenção permanente da coisa retida¹⁴⁰.

Distinguem-se os institutos também no que diz respeito aos modos terminativos. Isto porque, visando o direito de retenção a garantir o pagamento de crédito conexo à coisa que se deve restituir, cessam os seus efeitos ante à prestação de caução pelo proprietário dessa coisa. Quanto à exceção, tendo ela por fundamento o princípio de uma obrigação ser causa da outra, pouco importa a prestação de caução¹⁴¹. Embora a garantia do cumprimento tenha sido

¹³⁹ Lopes, *op. cit.*, p. 211.

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 213; Medeiros da Fonseca, *op. cit.*, p. 139.

¹⁴¹ Salvo quando, naturalmente, se estiver diante de exceção de insegurança, disciplinada pelo artigo 477 do Código Civil.

oferecida, enquanto este não ocorrer, não ficará configurada a causa da obrigação remanescente. Portanto, a exceção persiste¹⁴².

Em suma, exceção de contrato não cumprido e direito de retenção têm, em comum, fundamentos, mecanismos de funcionamento e até mesmo a natureza jurídica de exceção substancial dilatória. Mas possuem âmbitos de aplicação, princípios informadores e requisitos distintos. Assim, é correto considerá-los institutos diferentes, embora próximos.

4.3. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA TÁCITA

A exceção de contrato não cumprido tampouco pode ser confundida com a cláusula resolutória tácita, embora, como se verá em seguida, possam encontrar pontos em comum.

A cláusula resolutória tácita designa uma característica específica dos contratos sinalagmáticos, enunciando a possibilidade de a parte não inadimplente da relação requerer a dissolução do vínculo contratual, ante o inadimplemento da obrigação.

Sem dúvida, caracterizando-se os contratos sinalagmáticos pelo nexo estrutural de dependência entre as obrigações assumidas pelas partes, a ponto de elas poderem ser entendidas como causa uma da outra, o

¹⁴² Silva, *op. cit.*, p. 350; Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 38. Miguel Maria de Serpa Lopes sustenta entendimento diametralmente oposto, afirmando que, uma vez prestada caução, a exceção se extingue, o que não ocorreria no direito de retenção (*op. cit.*, p. 214). Ousa-se discordar do insuperável mestre, pelas razões expostas acima: não há razão para o *jus retentionis* substituí-la, caso seja prestada caução idônea, que exerce o papel de garantia do pagamento. Quanto à exceção, uma vez prestada a garantia, o contratante continua sem qualquer garantia de pagamento, salvo se o objeto da prestação cujo inadimplemento deu causa à oposição exceção, seja idêntico ao objeto da caução prestada. Mesmo assim, neste caso, não se terá caução, mas sim oferecimento da prestação devida, ainda que condicionado ao cumprimento pela parte excipiente.

inadimplemento de uma obrigação fere de morte o equilíbrio inicialmente estabelecido.

Nestas condições, a parte não inadimplente pode optar, a seu critério e de acordo com os seus interesses, por demandar o cumprimento coativo da obrigação pendente ou resolver o contrato, após interpelar judicialmente o contratante inadimplente, com prazo razoável para o cumprimento. Decorrido este, terá ensejo a resolução do contrato.

Está claro que a cláusula resolutória tácita repousa na interdependência das prestações que caracteriza os contratos sinalagmáticos. Considerando-se que a prestação principal é causa da contraprestação contratada e que o inadimplemento de qualquer uma delas rompe o delicado equilíbrio contratual desenhado pelas partes quando da celebração da avença¹⁴³, é plenamente justificada a dissolução do vínculo contratual¹⁴⁴.

Há acentuada controvérsia quanto à forma pela qual se dá a resolução derivada da cláusula resolutória tácita. Darcy Bessone¹⁴⁵, Orlando Gomes¹⁴⁶ e Humberto Theodoro Jr.¹⁴⁷, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, entendiam operar essa resolução exclusivamente pela via judicial, na

¹⁴³ Bessone, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 258.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 263-264; Gagliano e Pamplona Filho, *op. cit.*, p. 271. Orlando Gomes sustenta a existência de uma presunção legal de existência da cláusula resolutiva (*op. cit.*, p. 101). Entende-se desnecessário o recurso à figura da presunção legal para justificar a cláusula resolutiva expressa, pois a presença do sinalagma e a inevitável ruptura do equilíbrio contratual, em caso de inadimplemento, encarnam razões suficientes para justificar a resolução de origem legal. Além disso, de acordo com o disposto no artigo 475 do Código Civil, assim como ocorria no Código de 1916, há previsão expressa do direito à resolução. Pelo mesmo motivo, entende-se demasiado abstrato o recurso à equidade para tentar justificar a cláusula resolutiva tácita. Por ser um valor quase universal, pode-se dizer da equidade que informa todos os institutos jurídicos. Daí a definição romana de ser o direito a arte do bem e do justo (*jus est ars boni et aequi*). Por isso, embora a equidade informe também a cláusula resolutória tácita, tal não se mostra suficiente para justificar, por si só, o instituto. Localizar apenas na equidade o fundamento da cláusula resolutiva tácita, como pretende Luiz Guilherme Loureiro (*op. cit.*, p. 144), não soluciona a questão de encontrar o fundamento concreto do instituto, qual seja, o princípio da interdependência entre as prestações. Este é o fundamento mais palpável da cláusula resolutória.

¹⁴⁵ Bessone, *op. cit.*, p. 328.

¹⁴⁶ Gomes, *op. cit.*, p. 172-174.

¹⁴⁷ Theodoro Jr., *op. cit.*, p. 116-117.

forma do chamado sistema francês. Tal se daria em razão dos dizeres do parágrafo único do artigo 1.092 do Código então vigente, segundo o qual “*a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato por perdas e danos*”.

Já sob o pálio do Código Civil, o Ministro (aposentado) do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Jr., aborda a resolução por cláusula resolutória tácita, entendendo não haver qualquer alteração devido à superveniência da novel codificação¹⁴⁸. Segundo o autor, a resolução por força de cláusula resolutória tácita depende de decretação por sentença judicial, sendo insuficiente mera notificação ou interpelação ao contratante inadimplente, opinião seguida por outro ilustre professor gaúcho, Araken de Assis¹⁴⁹.

No entanto, devido à inovação trazida pelo artigo 474 do Código Civil, sem correspondente direto na codificação revogada, alguns comentadores modernos passaram a sustentar a alteração desta orientação. O mote para tal guinada residiria no teor da regra inserida no aludido comando, segundo o qual “*a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial*.”

Harmonizando o dispositivo citado ao quanto estabelecido pelo antigo parágrafo único do artigo 1.092, reprisado, com pequenas precisões técnicas, no artigo 475 do Código de 2002, Luiz Guilherme Loureiro¹⁵⁰ entende operar a cláusula resolutiva tácita de pleno direito, após interpelação judicial,

¹⁴⁸ Aguiar Jr., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p.32, 41 e 56.

¹⁴⁹ Assis, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144-145. Segundo o nobre Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à categoria dos direitos formativos, a que pertenceria o direito de resolução, equivaleria, no plano processual, o provimento constitutivo.

¹⁵⁰ Loureiro, *op. cit.*, p. 275 e 276-278. No mesmo sentido, Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 205, v. IV, tomo II, p. 274.

decorrido o prazo razoável concedido ao contratante inadimplente. A cláusula resolutória tácita operaria de pleno direito, dispensando provimento jurisdicional, que terá efeito meramente declaratório e, se for o caso, condenatório, quanto ao pagamento de indenização e/ou à restituição de prestações já realizadas.

Na esteira desse pensamento, o legislador do Código Civil teria se filiado ao sistema alemão de disciplina da resolução. Este sistema não exige o acesso à via judicial para questões afetas à resolução contratual, salvo em caráter declaratório, fiscalizatório da existência e da gravidade do inadimplemento, ou condenatório, se for ventilada a questão da indenização ou restituição de prestações já realizadas. Analisando o ordenamento tedesco, Enneccerus afirma que a resolução é uma declaração de uma parte à outra, de que o contrato concluído e eficaz deve ser considerado não concluído, suprimindo-se os seus efeitos em caráter retroativo. Trata-se, assim, de um direito apto ao exercício pelo próprio contratante lesado, e não de um simples poder de requerer judicialmente a resolução¹⁵¹.

Em que pese aos sedutores argumentos expendidos por essa doutrina, tão bem representada, parece mais adequado o entendimento consolidado já na vigência do Código Civil de 1916, que privilegia a resolução exclusivamente judicial quando fundada em cláusula resolutória tácita. Ao fixar a exigência para o exercício do direito de resolução, a regra do artigo 475 não o faz indistintamente para aqueles eventos dissolutórios baseados em cláusula resolutória tácita e para aqueles com arrimo em disposição contratual expressa.

¹⁵¹ Enneccerus, *op. cit.*, p. 192-193. Em anotação feita à obra do Professor Enneccerus, os tradutores Blás Pérez González e José Alguer ressaltam que, apesar de a mesma discussão existir na doutrina espanhola, o sistema adotado pelo ordenamento daquele país engrossa as fileiras dos adeptos ao sistema do BGB, isto é, dispensa da decretação judicial da resolução do vínculo contratual. Ainda a respeito do sistema alemão, ver, na doutrina nacional, Orlando Gomes (*op. cit.*, p. 174) e Humberto Theodoro Jr. (*op. cit.*, p. 116).

Embora sem qualquer alusão expressa, o artigo 475 do Código Civil (que se refere claramente ao exercício do direito de resolução como poder de provocar a extinção judicial do vínculo contratual) fundamenta, apenas e tão-somente, o evento resolutório com esteio na cláusula resolutória tácita ao influxo do princípio da interdependência das obrigações. Não assim, a resolução norteadada por disposição específica (pacto comissório expresso), que busca apoio legal na regra do artigo 474 do invocado Código Civil (que não repete tal alusão), bem como, em última instância, no poder de regulamentação conferido às partes no tráfico jurídico.

À mesma conclusão chegam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, em obra coletiva¹⁵²:

“A intervenção judicial é o aspecto que substancialmente distingue as duas cláusulas resolutivas. (...) Essa intervenção significa ... que o prejudicado, diante de uma cláusula resolutiva tácita, não pode proceder diretamente, declarando ele próprio a resolução do contrato, antes terá de promover a intervenção do juiz, que apreciará a conduta do contraente acusado de inadimplência e proferirá a correspondente sentença.”

Luiz Guilherme Loureiro invoca, ainda, em abono de seu entendimento, a regra da constituição automática da mora nas obrigações positivas e líquidas, que tornaria despicienda a demanda judicial:

“Diante da redação do novo art. 474 do Código Civil, que não encontra paralelo no código de 1916, não podemos concordar com a afirmação de que a cláusula resolutiva tácita apenas possibilita a resolução judicial. Se assim fosse, não teria sentido a previsão legal da interpelação judicial já que, de qualquer modo, o credor insatisfeito teria que mover a competente ação resolutória. A interpelação judicial então seria inútil, e constitui princípio geral de direito de que a lei não contém termos inúteis.

¹⁵² Tepedino et al. *Código civil interpretado conforme a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 120.

Ademais, estipula o artigo 397 do Código Civil que, o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Ora, se a mora é constituída de pleno direito pelo simples inadimplemento, no seu termo, da obrigação positiva e líquida, a resolução do contrato depende apenas da interpelação judicial, quando não prevista a cláusula resolutiva expressa.^{153,,}

Destaca-se, quanto a este ponto, a (não recomendável) aproximação de institutos diversos: constituição em mora e interpelação judicial para execução do contrato desprovido de pacto comissório expresso¹⁵⁴. Por meio da primeira, fica caracterizada a mora do devedor e, pela segunda, insta-se o contratante faltoso ao cumprimento da prestação, malgrado serôdio, acompanhado da advertência de que a subsistência do inadimplemento ensejará a perda superveniente de tal interesse e o ajuizamento da ação de resolução contratual.

Pode-se vislumbrar, aqui, uma medida de lealdade contratual que atende a boa-fé objetiva consagrada nos artigos 113 e 422 do Código Civil: evita o cumprimento pelo contratante inadimplente, embora a destempo, sob a falsa impressão de a prestação ser, ainda, do interesse do credor, situação que certamente tem o condão de aumentar os prejuízos desse contratante.

Como se vê, a cláusula resolutória tácita e o pacto comissório expresso (ou cláusula resolutória expressa), embora institutos análogos e equiparados pela finalidade terminativa do vínculo contratual, diferem tanto quanto ao mecanismo de funcionamento, como quanto ao fundamento.

¹⁵³ Loureiro, *op. cit.*, p. 277.

¹⁵⁴ Trata-se de equívoco, em certo ponto comum, decorrente da desconsideração da distinção entre o contrato e as obrigações dele emanadas. Especificamente com relação a esse ponto, Carlos Alberto Bittar, em síntese feliz, explica que o contrato tem o efeito de criar a relação jurídica negocial e, conseqüentemente, também as obrigações e direitos previstos pelas partes. Colocam-se, assim, contrato e obrigação, como causa e efeito (*Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 26). No mesmo sentido, Bessone, *op. cit.*, p. 209-210.

Com base nessas premissas, pode-se identificar dois pontos comuns, fundamentais, entre a exceção em causa e a cláusula resolutória tácita. Em primeiro lugar, o âmbito de aplicação de ambos mostra-se delimitado pelas relações contratuais sinalagmáticas. Daí o fundamento da opção reservada ao contratante não inadimplente ante o inadimplemento do parceiro contratual: recusar a demanda de prestação, pela via da exceção de contrato não cumprido, ou dissolver o vínculo contratual, fazendo uso da cláusula resolutiva tácita.

O segundo ponto comum entre os institutos, ainda intimamente ligado ao primeiro, consiste da comunhão do fundamento. É dizer, o princípio da interdependência entre as prestações nos contratos sinalagmáticos justifica tanto a suspensão do cumprimento da obrigação pela via da exceção, quanto a resolução contratual fundada na cláusula resolutória tácita.

Apesar disso, a distinção entre exceção de contrato não cumprido e cláusula resolutória tácita existe e deve ser feita: aquela consiste em meio de defesa dotado de eficácia meramente dilatória, ao passo que esta encerra justamente o direito à extinção do vínculo contratual.

Ademais, como visto acima, a exceção de contrato não cumprido, por ser meio de defesa, não exige qualquer notificação à parte inadimplente. Pelo contrário, trata-se de conduta passiva do contratante não inadimplente, no intuito de forçar o adimplemento devido. Daí ser enquadrada por João Calvão da Silva como meio de coerção defensiva¹⁵⁵.

Já a cláusula resolutória tácita, a teor do já analisado artigo 474 do Código Civil, exige a prévia interpelação judicial do contratante inadimplente com prazo razoável para cumprimento. Decorrido tal prazo, o contratante não

¹⁵⁵ Silva, *op. cit.*, p. 243 e seguintes.

inadimplente tem a oportunidade de ir a juízo reclamar a resolução do vínculo ou, para os adeptos da opinião de que o Código Civil se filiou ao sistema germânico, considerar resolvido o vínculo.

E mais: a exceção de contrato não cumprido, como forma de recusa da demanda pela prestação pelo contratante inadimplente, só pode ser oposta enquanto não for cumprida a prestação a cargo da parte excipiente. Por sua vez, pode-se aplicar a cláusula resolutiva tácita independentemente de o titular do direito ter ou não realizado a prestação (salvaguardadas as distinções da natureza da sentença judicial num e noutro caso), isto é, desde que beneficiado por termo, condição etc.

Finalmente, deve-se mencionar que a exceção de contrato não cumprido pode ser considerada matéria de defesa na ação de resolução eventualmente proposta por um contratante, em face do outro. Nestas circunstâncias, a exceção terá caráter de defesa de mérito: o réu alegará a legitimidade do não cumprimento à vista do inadimplemento prévio do autor, para refutar a alegação de culpa na extinção prematura do contrato. Diferentemente do que ocorre ordinariamente na exceção ora enfocada, o réu contestará o próprio direito em que se funda a demanda, isto é, o direito à resolução¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Aguiar Jr., *op. cit.*, p. 222-223.

5. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Analizados os aspectos proemiais do instituto e as necessárias distinções de outros similares, deve-se passar ao exame detido dos requisitos que ensejam a sua aplicação. Neste campo estão as maiores controvérsias que gravitam em torno do objeto do presente trabalho.

A primeira controvérsia se mostra evidente logo no início do tópico, divergindo a doutrina a respeito de quais seriam, efetivamente, os requisitos que permitem empregar a exceção de contrato não cumprido.

Serpa Lopes enuncia os seguintes requisitos: laço de conexidade entre duas obrigações nascidas de uma relação obrigatória, exigibilidade das prestações num mesmo momento, inadimplência e necessidade de boa-fé na sua oposição¹⁵⁷.

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho indicam, como *elementos caracterizadores* da exceção em voga, a existência de um contrato bilateral, a demanda de uma das partes pelo cumprimento do pactuado e o prévio descumprimento da prestação pela parte demandante¹⁵⁸.

Na doutrina estrangeira, Hector Massnata considera a existência de um contrato sinalagmático, a inexistência de prazo para cumprimento, a falta de

¹⁵⁷ Lopes, *op. cit.*, p. 227 e seguintes.

¹⁵⁸ Gagliano e Pamplona Filho, *op. cit.*, p. 286-287.

cumprimento da parte a quem se opõe a exceção, a oposição não abusiva, a relevância do não cumprimento do excipiente e a não exigência da prévia constituição do demandante em mora¹⁵⁹.

Com os olhos postos no mesmo ordenamento argentino, José Maria Gastaldi e Esteban Centanaro afirmam que os requisitos da exceção são o contrato bilateral (reputado pelos autores como equivalente ao contrato de prestações recíprocas), a demanda pelo cumprimento, o inadimplemento por parte do demandante, a inexistência de prazo em favor do demandante e de oferecimento da prestação, a inexistência de pacto em sentido contrário e a oposição não abusiva (identificada com a relevância do inadimplemento do demandante)¹⁶⁰.

Resta saber, dentre todos estes aspectos sublinhados, quais se enquadrariam, efetivamente, na categoria de requisitos, quais ocupariam outro papel na estrutura do instituto e, ainda, quais, se for o caso, seriam descabidos.

Apesar de conter algumas distinções que serão oportunamente esclarecidas, a melhor doutrina é a de Serpa Lopes, podendo-se constituir o rol de requisitos para a aplicação da exceção de contrato não cumprido com o vínculo sinalagmático (entendido, porém, com extensão diversa daquela proposta pelo saudoso professor), a coetaneidade das prestações, o inadimplemento e a boa-fé que pauta a conduta do excipiente. Eles são, neste capítulo, objeto de exame mais acurado.

Embora o rigor científico não requeira discorrer sobre elementos não enquadrados como requisitos do instituto em análise, julga-se necessária uma

¹⁵⁹ Lopes, *op. cit.*, p. 57 e seguintes.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 57-72 e 89 e seguintes.

explicação a respeito, ainda que breve, no intuito de tentar diminuir as questões não abordadas.

Em primeiro lugar, não se entrevê no não oferecimento da prestação pela parte demandante isoladamente considerada, requisito específico da aplicação da exceção de contrato não cumprido. Isto porque essa inexistência integra a própria noção de inadimplemento, este sim, imprescindível à legitimidade da oposição. Ademais, a oposição da exceção, quando a prestação tiver sido oferecida pelo excepto, não se faz acompanhar da necessária boa-fé. Assim, descamba-se para o âmbito de atuação de outro requisito específico da exceção.

Tampouco se entende justificável o enquadramento da inexistência de prazo em favor do demandante, no rol de requisitos ora examinado. Mais uma vez, cuida-se de aspecto incluído no tema maior do inadimplemento: o contratante que ainda não cumpriu, pois favorecido por prazo legal ou convencional, expresso ou tácito (decorrente da natureza da obrigação), não deixou de cumprir a obrigação no tempo, modo e lugar estabelecidos. Portanto, não se pode considerá-lo inadimplente.

Pelas mesmas razões, não se incluiu a não exigência prévia da constituição em mora entre os requisitos da exceção de contrato não cumprido. Novamente, está-se diante de questão ligada ao inadimplemento da obrigação e à sua configuração não de um requisito da exceção propriamente dito.

Aponta-se, ainda, a existência de demanda judicial pelo cumprimento como requisito para aplicar a exceção de contrato não cumprido. Não se concorda com essa posição, porque é inegável a manifestação do direito de

refutar a prestação devida, mesmo quando exigida extrajudicialmente¹⁶¹. Como se não bastasse, certamente não se requer a intervenção judicial para autorizar o contratante exigido a recusar a pretensão¹⁶². Apesar disso, deve-se lembrar que o exercício extrajudicial da exceção de contrato não cumprido é um exercício de eficácia contida, que adquire plena eficácia durante a sua manifestação em juízo.

Quanto à inexistência de pacto em contrário, julga-se mais adequado o seu tratamento durante as causas excludentes da exceção, já que a matéria adapta-se melhor a esse título.

Por fim, não se considera necessário caracterizar o crédito do excipiente como sendo líquido e certo, para justificar o exercício da exceção¹⁶³. Com efeito, e isso já se abordou, a defesa substancial não tem como resultado extinguir o vínculo contratual, mas sim encobrir a eficácia da pretensão do demandante, afastando temporariamente a sua exigibilidade.

Por isso, não se justificaria a exigência de liquidez e certeza do crédito do excipiente, pois não se pretende realizar um encontro de contas, como ocorre na compensação. Pouco importa se o crédito do excipiente equivale a um ou a mil, basta que o inadimplemento ensejador da oposição seja significativo.

¹⁶¹ O jurista italiano Franco Carresi endossa esta opinião: *“può essere invocata anche strajudizialmente, per effecto della quale la domanda della parte, che há agito per l'adempimento del contratto senza avere a sua volta adempiuto o offerto di adempiere la prestazione da lei dovuta [e cio anche quando il mancato adempimento sia dipeso da impossibilità temporanea della prestazione, viene respinta (...).”* (Il Contrato. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 899).

¹⁶² Por esse motivo, as múltiplas referências contidas no texto, relativas ao contratante demandante e à demanda pela prestação devem ser entendidas em seu sentido amplo, abarcando tanto a demanda judicial quanto a extrajudicial. Este mesmo sentido parece ter sido empregado no texto de Carresi (*op. cit.*, p. 899).

¹⁶³ *“Dívida líquida é a certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto (...). É certo um crédito, quando não é controvertida a sua existência (an); é líquido, quando é determinada a importância da prestação (quantum); é exigível, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição (quando).”* (Lopes, *op. cit.*, p. 263).

Conforme lembra Serpa Lopes¹⁶⁴, basta a existência (ou a pendência) de um crédito aparelhado de ação e exigível, isto é, não sujeito a termo ou condição, para ensejar a oposição da exceção de contrato não cumprido.

De resto, a exigência de liquidez e certeza do crédito do excipiente tornaria letra morta uma faceta específica da exceção ora tratada, isto é, a *exceptio non rite adimpleti contractus*, cabível na hipótese de cumprimento parcial ou insatisfatório da obrigação, que será objeto de tópico específico ao se tratar do inadimplemento.

Imagine-se uma situação em que, obrigado por vínculo sinalagmático a realizar uma certa prestação, o contratante a realiza apenas em parte. Obviamente, esse contratante não pode demandar o outro pelo cumprimento da contraprestação, sendo cabível, no mínimo, a suspensão parcial.

Ora, nesta situação, será muitas vezes impossível ao contratante demandado mensurar exatamente a expressão econômica da porção faltante. Isso retiraria a liquidez do crédito do excipiente. Por isso, ficaria este desamparado quanto à exigência ilegítima da contraprestação, criando um cenário absolutamente iníquo e incongruente com o princípio da interdependência das obrigações.

Justamente para essas situações foi concebida a *exceptio non rite adimpleti contractus*, ou exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente, a qual seria obstada, em grande parte, pela exigência de liquidez e certeza do crédito do excipiente.

¹⁶⁴ Lopes, *op. cit.*, p. 264-265.

Demonstradas as razões pelas quais se optou pela exclusão de aspectos citados por parte da doutrina, insta passar ao exame mais detido daqueles realmente considerados requisitos para aplicação da exceção de contrato não cumprido.

5.1. O VÍNCULO SINALAGMÁTICO

Muito se falou até aqui a respeito do nexo de interdependência no qual se baseia a incidência da exceção de contrato não cumprido. Se, por um lado, essa noção afigura-se indispensável à compreensão do verdadeiro alcance do instituto sob análise, de outro, traz consigo intrincadas questões relativas às classificações a que são submetidos os contratos.

5.1.1. CONTRATOS BILATERAIS (DISTINÇÃO DOS UNILATERAIS E DOS BILATERAIS IMPERFEITOS)¹⁶⁵

Segundo a regra inserta no artigo 476 do Código Civil, *nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*. Atrás da aparente simplicidade do texto, descortina-se um cenário repleto de árduas questões: qual

¹⁶⁵ Parte da doutrina admite, embora em caráter excepcional, a aplicação dos remédios sinalagmáticos aos contratos plurilaterais, em especial ao contrato de sociedade simples formado por apenas dois sócios, nos quais a inexecução por parte de uma delas impossibilitaria a consecução do objetivo do contrato (conforme Lopes, *op. cit.*, p. 262-263). No entanto, tal posição encontra diversas objeções. A primeira delas reside em ser profundamente questionável a configuração de um contrato na acepção técnica do termo, pois não parece haver propriamente um consenso, como declarações contrapostas de vontade, mas sim, interesses apontados na mesma direção. É o que ensina o Professor Renan Lotufo nas aulas de Contratos no Novo Código Civil, no curso de Mestrado da PUC/SP. A mesma opinião é compartilhada por Pontes de Miranda, para quem “*a respeito do contrato bilateral, convém frisar-se que a sociedade é negócio jurídico bilateral, ou plurilateral; porém não é, como a muitos pareceu e ainda escapa a alguns, contrato bilateral...*” (*op. cit.*, p. 127). Ademais, havendo sempre a relação entre, no mínimo, duas pessoas, acrescidas da personalidade jurídica criada, às quais as obrigações são dirigidas, dificilmente se poderia configurar a relação de reciprocidade e interdependência que,

é o real alcance da expressão contratos bilaterais para fins de aplicação da exceção de contrato não cumprido? Qual é a relação entre sinalagma, contratos bilaterais e exceção de contrato não cumprido?

Em primeiro lugar, adverte-se que não se refere à bilateralidade quanto ao consentimento. Sob esse prisma, caracterizando-se como um negócio jurídico resultante do acordo de vontades, o contrato será sempre bilateral ou plurilateral. A classificação analisada diz respeito aos efeitos obrigacionais irradiados pelo contrato, às obrigações por ele criadas¹⁶⁶.

O estudo da doutrina italiana a esse respeito revela a viva polêmica que cerca a classificação dos contratos quanto às obrigações criadas, devido ao emprego de termos distintos pelo legislador no Código Civil revogado de 1865 e no *Código Civil* de 1942, atualmente em vigor.

O artigo 1.099 do Código de 1865 estabelecia ser bilateral o contrato *quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri* e unilateral *quando una o più persone si obbligano verso una o più persone senza che queste ultime incontrino alcuna obbligazione*. Falava, ainda, em contrato bilateral ao tratar da *condizione resolutive sottointesa*. Ver-se-á que essas definições não distam daquelas hoje propugnadas na doutrina pátria.

Já o Codice de 1942, embora carente de definição legal ao contrário da codificação revogada, substituiu a expressão *contratti bilaterali*, não mais citada, pela expressão *contratti a prestazioni corrispettive*, como se

como se verá adiante, denomina-se sinalagma. Por fim, essa questão não levanta diversos aspectos práticos, tendo em vista a regulação específica da matéria pelo Código Civil.

¹⁶⁶ Conforme Enneccerus, *op. cit.*, p. 161; Telles, *op. cit.*, p. 95; Ruggiero, *op. cit.*, p. 253; Trabucchi, *op. cit.*, p. 684; Pereira, *op. cit.*, p. 65; Mendonça, *op. cit.*, p. 449; Rocha, *op. cit.*, p. 62; Azevedo, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 61; Diniz, *op. cit.*, p. 98; Tepedino *et al*, *op. cit.*, v. II, p. 125. Gagliano e Pamplona Filho, *op. cit.*, p. 126; Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. III, p. 70.

pode ver, por exemplo, no artigo 1.453, alusivo à cláusula resolutória tácita. Essa alteração surtiu grande efeito na doutrina, tendo os juristas peninsulares discutido à exaustão a existência, ou não, de equivalência entre *contratti bilaterali* e *contratti con prestazioni corrispettive*¹⁶⁷.

A posição majoritária, ao que transparece da lição de C. Massimo Bianca¹⁶⁸, equipara os contratos com prestações recíprocas aos sinalagmáticos, que, por sua vez, são identificados pela doutrina brasileira com os contratos bilaterais, conforme se verá adiante. Nas palavras do jurista italiano:

“La corrispettività delle prestazioni contrattuali sta a significare che la prestazione di una parte trova remunerazione nella prestazione dell’altra.

I contratti a prestazioni corrispettive sono anche detti sinallagmatici. Essi comprendono principalmente i contratti di scambio, i contratti di concessione in godimento e di servizi a titolo oneroso (locazione, lavoro subordinato, ecc.) in cui la prestazione di una parte è compensata dalla controprestazione dell’altra.

La corrispettività comporta normalmente l’interdependenza delle prestazioni all’altra. (...)

Un punto concordemente ammesso in dottrina è che la corrispettività non s’identifica con l’onerosità. Non basta cioè il dato dell’esistenza di prestazioni a carico delle due parti per identificare il nesso di corrispettività. Così, ad. es., l’obbligo che un modo può imporre al donatário non costituisce il corrispettivo dell’attribuzione donativa.”

¹⁶⁷ Conforme Barassi, *op. cit.*, p. 251-255; Rezzónico, *op. cit.*, p. 322-323; Massnata, *op. cit.*, p. 61-63. A mesma discussão foi criada na Argentina, durante a reforma de 1968, que importou a denominação *contratos con prestaciones recíprocas* do Código de Vélez Sársfield, embora com um complicador: a classificação entre contratos unilaterais e bilaterais, ao contrário do que ocorreu no *Codice Civile* de 1942, não foi eliminada da legislação platina. Segundo, Juan Carlos Rezzónico, comentando a distinção feita na doutrina italiana, “la temática no es ajena a nuestro derecho civil y comercial, desde que la reforma de 1968 transportó el concepto de contrato con prestaciones reciprocas (o interdependientes o correlativas) a nuestra ley, aunque no con alcance general (art. 1.204, Cód. Civil y, antes, art. 206, Cód. de Comercio, ambos sobre pacto comisorio); también ha de tenerse en cuenta que en nuestro Código no se suprimió la categoría de contratos unilaterales y bilaterales, con lo cual éstos continuaron como clasificación de alcance general.” (*op. cit.*, p. 322).

¹⁶⁸ Bianca, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. 9. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, v. 3, p. 462-463.

No mesmo sentido, Alberto Trabucchi¹⁶⁹ destaca com precisão:

“Pertanto, se si vuole ripetere una terminologia tradizionale, che distingue i contratti unilaterali dai contratti bilaterali, bisogna intendere che si vuole fare una distinzione sempre nell’ambito dei negozi bilaterali; (...) La bilateralità del contratto si riferisce, non alla pluralità dei voleri che pongono in essere il negozio, ma gli effetti obbligatori che ne sorgono.

Sinallagma è il legame recíproco che in alcuni contratti esiste tra la prestazione e la controprestazione (obligatio ultra citroque): legame tanto forte, segno di un rapporto tra prestazione e controprestazione più stretto della semplice coesistenza recíproca. Sono i contratti sinallagmatici, o – come dice il Códice – a prestazioni corrispetive quei contratti dai quali nell’ambito di uno stesso strumento negoziale sorgono contemporaneamente nell’una e nell’altra parte obblighi e diritti a prestazioni reciproche collegate tra loro da un rapporto di interdependenza unilaterali, o con prestazioni di una sola parte, sono gli altri.”

Quanto aos contratos unilaterais, pouca divergência existe nas definições propostas por doutrinadores estrangeiros. Inocêncio Galvão Telles¹⁷⁰ afirma, resumidamente, que são unilaterais aqueles contratos em que *só uma das partes se vincula*. A afirmação, contudo, deve ser contextualizada, a fim de evitar imprecisões indesejáveis. O contrato unilateral pode gerar obrigações secundárias ou deveres (os *obblighi*, na doutrina italiana) para a parte “credora”¹⁷¹.

À vista disso, nos contratos unilaterais, a precisão técnica recomenda caracterizá-los pela carência das obrigações principais mediadas por nexo de interdependência, embora seja aceitável a existência de obrigações secundárias, ou deveres, para a parte dita “credora” da única obrigação principal emanada dessa espécie contratual.

¹⁶⁹ Trabucchi, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. 39. ed. Padova: CEDAM, 1999, p. 684-686.

¹⁷⁰ Telles, *op. cit.*, p. 95. No mesmo sentido Trabucchi, *op. cit.*, p. 684; Ruggiero, *op. cit.*, p. 253.

¹⁷¹ Bianca, *op. cit.*, p. 463.

Ainda com relação à doutrina estrangeira, mas com os olhos voltados para o ordenamento argentino, invoca-se a definição legal do artigo 1.138 do Código Civil daquele país, concebido por Vélez Sársfield com larga influência do *Esbôço* de Teixeira de Freitas. *Verbis*:

“Artículo 1.138 – Los contratos se denominan en este Código unilaterales o bilaterales. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.”

Passando-se à doutrina brasileira, diz-se bilateral ou sinalagmático¹⁷² o contrato do qual emanam obrigações para as duas partes, em posição de reciprocidade (*ultra citroque obligatio*), ligadas por um nexo de interdependência essencial, em que uma se coloca como razão de ser ou pressuposto da outra¹⁷³. Assim, as partes deste contrato são, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra. Exemplos típicos seriam a compra e venda, a locação e a prestação de serviços.

Conforme Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹⁷⁴, o contrato bilateral pode ser definido como

“aquele em que ambas as partes contraem obrigações e ao menos alguns dos deveres recíprocos de prestação estão vinculados entre si, de modo que a prestação representa, de acordo com a vontade de ambas as partes, a contraprestação, a compensação pela outra.”

Vem a calhar a citação da definição proposta pelo eminente jurista e Ministro (aposentado) do Superior Tribunal de Justiça, ao abordar um

¹⁷² Além dos doutrinadores brasileiros aqui citados, também na Argentina os contratos bilaterais são equiparados aos contratos sinalagmáticos, conforme Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 59 e Massnata, *op. cit.*, p. 63-64.

¹⁷³ Conforme Gomes, *op. cit.*, p. 71. No mesmo sentido: Mendonça, *op. cit.*, p. 449; Pereira, *op. cit.*, p. 66-67; Monteiro, *op. cit.*, p. 24-25; Rocha, *op. cit.*, p. 62; Diniz, *op. cit.*, p. 99; Theodoro Jr., *op. cit.*, p. 102-103; Loureiro, *op. cit.*, p. 142.; Gagliano e Pamplona Filho, *op. cit.*, p. 126-127; Gonçalves, *op. cit.*, p. 68-69.

¹⁷⁴ Aguiar Jr., *op. cit.*, p. 81.

aspecto relevante e pouco lembrado: muito embora o contrato bilateral caracterize-se pela reciprocidade, nem todas as obrigações dele emanadas serão necessariamente recíprocas. Basta lembrar a obrigação do locatário de devolver o imóvel ao locador no estado em que o recebeu, ressalvado o desgaste natural do uso regular, a qual não pode ser tida como contraprestação de qualquer obrigação principal do locador¹⁷⁵.

À discussão gerada, tanto na Itália quanto na Argentina, em torno dos contratos com prestações recíprocas ou correlativas permaneceu alheia a doutrina pátria. E isto por um motivo de simplicidade palmar: a legislação brasileira não adotou essa denominação, ao contrário do quanto havido no ordenamento peninsular, tampouco mesclou as duas categorias, como no país platino. Pelo contrário, o legislador pátrio manteve-se fiel à tradicional classificação entre contratos unilaterais e bilaterais quanto às obrigações principais criadas.

A esse respeito, Silvio Luís Ferreira da Rocha escreve:

*“O contrato que cria obrigações para ambas as partes é bilateral. Cada uma das partes é credora e reciprocamente devedora da outra. As obrigações são recíprocas e interdependentes, como, por exemplo, na compra e venda. Por isso denominam esse contrato sinalagmático ou de prestações correlatas.”*¹⁷⁶

Como resultado, e em perfeita consonância com o disposto na legislação, a doutrina brasileira trata como sinônimos os adjetivos sinalagmáticos, bilaterais e de prestações recíprocas, para identificar aqueles

¹⁷⁵ Também ventilam essa questão Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 127-128 e Assis, *op. cit.*, p. 26-27. Esse aspecto será retomado durante o estudo do inadimplemento como requisitos da aplicação da exceção de contrato não cumprido.

¹⁷⁶ Rocha, *op. cit.*, p. 62.

contratos mediante os quais as partes obrigam-se, reciprocamente, em que há um nexo de interdependência entre as obrigações principais derivadas da avença¹⁷⁷.

Por sua vez, afiguram-se unilaterais os contratos dos quais emanam obrigações principais apenas para um dos contratantes, sobre quem recai o peso do contrato e para quem não existe a respectiva compensação na forma de contraprestação¹⁷⁸. Este contratante pode ser visto como o devedor, em oposição ao credor (parte sobre a qual não recai a principal obrigação emanada do contrato)¹⁷⁹. São exemplos típicos a doação, o mandato e o depósito, quando gratuitos.

Embora encontrando forte resistência, parte da doutrina vê nos contratos bilaterais imperfeitos uma classe intermediária ou, se se preferir, um *tertium genus*, diverso dos contratos bilaterais e unilaterais¹⁸⁰. Seriam bilaterais imperfeitos aqueles contratos que, embora unilaterais, experimentassem, no curso da execução, o surgimento de uma obrigação a cargo da parte antes apenas credora, em decorrência de um fato indiretamente ligado ao contrato.

A respeito desses contratos, escreve Lodovico Barassi¹⁸¹, crítico contundente¹⁸² da classificação:

¹⁷⁷ Lotufo, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 425-426; Beviláqua, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958, p. 206; Mendonça, *op. cit.*, p. 449; Gomes, *op. cit.*, p. 71; Pereira, *op. cit.*, p. 66; Monteiro, *op. cit.*, p. 24-25; Assis, *op. cit.*, p. 29-30; Theodoro Jr., *op. cit.*, p. 102-103; Loureiro, *op. cit.*, p. 142; Gagliano e Pamplona Filho, *op. cit.*, p. 126-127; Oliveira, *op. cit.*, p. 234.

¹⁷⁸ Cabe aqui a mesma observação feita durante a análise da definição de contrato unilateral na doutrina estrangeira. Por isso diz-se que falta, nos contratos unilaterais, a reciprocidade de obrigações principais.

¹⁷⁹ Conforme Gomes, *op. cit.*, p. 71. No mesmo sentido: Aguiar Jr., *op. cit.* p. 85; Monteiro, *op. cit.*, p. 24; Pereira, *op. cit.*, p. 66-67; Mendonça, *op. cit.*, p. 450; Diniz, *op. cit.*, p. 99; Loureiro, *op. cit.*, p. 141; Gagliano e Pamplona Filho, *op. cit.*, p. 126.

¹⁸⁰ Conforme Lopes, *op. cit.*, p. 249-258, em que defende a aplicação do regime da exceção de contrato não cumprido aos contratos bilaterais imperfeitos.

¹⁸¹ Barassi, *op. cit.*, p. 257-258.

¹⁸² Para o citado professor italiano, a classificação deveria ser banida, juntamente com todas as classificações em que o nome venha seguido de adjetivos como “impróprio”, “imperfeito” etc. (*op. cit.*, p. 258).

“Nei contratti a titolo gratuito acarico di chi riceve il vantaggio vi possono essere obblighi che non sono con l’obbligazione principale in quel rapporto típico di antitesi che nel suo pieno sviluppo conduce alla commutatività. Essi invece hanno importanza di obblighi accessori alla obbligazione principale benchè ad essa contraposti: destinati tuttavia ad agevolarla (da ciò una cosiddetta bilateralità ineguale o imprópria che non è vera bilateralità).”

No mesmo sentido, Roberto de Ruggiero¹⁸³:

“Sucedee, às vezes, porém, que do próprio contrato unilateral surja, por efeito de situações particulares, também uma segunda e oposta obrigação, de modo que o único obrigado também adquiere uma razão creditória; assim, por exemplo, tal razão pode eventualmente surgir a favor do depositário ou do mandatário, se na guarda da coisa ou na execução do encargo tiveram despesas por cujo reembolso seja responsável o depositante ou o mandante. Costuma, então, falar-se de contratos bilaterais imperfeitos pela semelhança de bilateralidade, que a relação contratual assume.”

Conforme nota agudamente Alberto Trabucchi, apenas aparentemente haveria obrigações contrapostas no contrato de mútuo feneratício (ou mútuo oneroso). Lembra o autor a existência de duas prestações, embora ambas a cargo do mutuário: a primária, de restituição da quantia mutuada e a segunda, acessória, de pagamento dos juros contratados.¹⁸⁴

Em abono de seu entendimento, Alberto Trabucchi prossegue, rejeitando a idéia de caracterização de reciprocidade nos contratos unilaterais imperfeitos¹⁸⁵. *Verbis*:

¹⁸³ Ruggiero, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. de Ary dos Santos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 3, p. 253-254.

¹⁸⁴ Trabucchi, *op. cit.*, p. 685. Discorda-se, neste ponto, de Miguel Maria de Serpa Lopes, para quem o Professor Alberto Trabucchi reconheceria a existência de sinalagma no mútuo oneroso (*op. cit.*, p. 250). O mestre italiano reconhece apenas que, sob o prisma econômico, existiriam duas prestações, embora apenas uma subsistiria no plano jurídico, devido ao caráter real do contrato, e, portanto, constitutivo da “obrigação” de entrega dos recursos mutuados ao mutuário.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 685.

“Ove manchi il rapporto di recíproca dipendenza delle obbligazioni (sinallagma), non c’è vera corrispettività anche se dallo stesso contratto sorgono obbligazioni a carico di entrambe le parti. (...) Questi contratti sono anche detti bilaterali imperfetti.”

Mais uma vez, Roberto de Ruggiero¹⁸⁶:

“Mas é uma simples semelhança, porque é conceito essencial da bilateralidade que não haja apenas uma prestação em face de uma contraprestação, mas que uma represente a correspondência da outra e este conceito é desde logo eliminado pela natureza eventual da segunda prestação nos contratos unilaterais. Estes não mudam de natureza quando a obrigação da contraprestação surja não já de um fato ou de uma eventualidade posterior, mas por uma convenção particular acessória simultaneamente à obrigação da prestação (...).”

Do mesmo entendimento comunga o já citado Lodovico Barassi¹⁸⁷, que recorre ao exemplo do mandato gratuito¹⁸⁸ para demonstrar a inexistência de bilateralidade, isto é, a relação de interdependência entre as obrigações:

“Es. per l’art. 1.703 il mandato crea un obbligo a carico del mandatário: è l’obbligazione principale che nasce da questo contratto, quando non sia oneroso, ma gratuito (art. 1.709). Ma gli art. 1.719 e 1.720 mettono a carico del mandante pure due obbligazione, quelle di somministrare i mezzi necessari per l’esecuzione del mandato, e di rimborsare il mandatário delle spese fatte. Però non ne nasce quell’antitesi fondamentale con la precedente che troviamo per es. nella locazione in cui l’una delle parti si obbliga a concedere il godimento di una cosa, e l’altro a pagarne il prezzo. Invece quelle obbligazione anzichè contrapporsi alla prima, la facilitano; sono nella sua direzione, e in un certo senso parallele. Questa non è bilateralità; e la legge non vi si riferisce quando presuppone la bilateralità vera. Sonno obblighi che o dipendono da qualche altro fatto (ad. es. le spese fatte) o comunque si contenttono all’esercizio dell’obbligo del mandatario, o infine si limitano adessere doveri riflessi di condotta determinati dal rispetto del diritto altrui.”

¹⁸⁶ Ruggiero, *op. cit.*, p. 254.

¹⁸⁷ Barassi, *op. cit.*, p. 258.

¹⁸⁸ A questão dos contratos tradicionalmente unilaterais baseados na fidúcia, como o mandato e o depósito, mas que modernamente podem decorrer de um relacionamento mercantil, isto é, única e exclusivamente devido à remuneração previamente acertada durante a celebração do contrato, será versada em tópico específico.

Na doutrina alemã, Enneccerus também rejeita a inclusão dos contratos ditos bilaterais imperfeitos entre os contratos bilaterais, bem como a utilização da denominação “bilaterais imperfeitos”, justamente porque pode induzir ao engano de se tratar de contratos efetivamente bilaterais. O mestre alemão sugere que esses contratos sejam denominados “não rigorosamente unilaterais”, em oposição aos “rigorosamente unilaterais”, como o mútuo e a promessa de doação, nos quais, efetivamente, não haveria sequer obrigações secundárias para o credor¹⁸⁹.

Na Argentina, os contratos bilaterais imperfeitos são igualmente considerados unilaterais, já que, em sua gênese, dão ensejo ao nascimento de obrigação principal destinada apenas a uma das partes. Ademais, faltam entre essa obrigação e aquela, eventual e posterior, o nexo de interdependência e a reciprocidade¹⁹⁰.

A doutrina majoritária brasileira acompanha essa linha de princípios. Rechaçando a classificação originada da doutrina francesa, atribui caráter unilateral aos ditos contratos bilaterais imperfeitos. Apenas para citar alguns exemplos, Clóvis Beviláqua¹⁹¹, Orlando Gomes¹⁹², Caio Mário da Silva Pereira¹⁹³, Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹⁹⁴, Araken de Assis¹⁹⁵, Sílvio de Salvo Venosa¹⁹⁶, Carlos Roberto Gonçalves¹⁹⁷, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena

¹⁸⁹ Enneccerus, *op. cit.*, p. 161-162. A esse respeito, os tradutores e anotadores do texto para o Direito espanhol anunciam que também naquele país são aceitas como válidas as ponderações de Enneccerus. (*op. cit.*, p. 164, nota 1).

¹⁹⁰ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 59-62.

¹⁹¹ Beviláqua, *op. cit.*, p. 207.

¹⁹² Gomes, *op. cit.*, p. 72.

¹⁹³ Pereira, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁴ Aguiar Jr., *op. cit.*, p. 84.

¹⁹⁵ Assis, *op. cit.*, p. 25-26.

¹⁹⁶ Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 393.

¹⁹⁷ Gonçalves, *op. cit.*, p. 70. Para o Desembargador de São Paulo, “o contrato bilateral imperfeito subordina-se ao regime dos contratos unilaterais porque aquelas contraprestações não nascem com a avença, mas de fato eventual, posterior à sua formação, não sendo, assim, consequência necessária de sua celebração. Essa modalidade de contrato, precisamente porque continua sendo unilateral (...) está fora do instituto da resolução,

Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹⁸ e Washington de Barros Monteiro¹⁹⁹ coincidem em excluir do âmbito dos bilaterais os aludidos contratos bilaterais imperfeitos. Colhe-se deste último a lição:

“Pothier procurou identificar duas espécies de bilateralidade: a perfeita e a imperfeita; (...) Mas essa diferenciação não tem fundamento sério e é repudiada, por isso, pela doutrina moderna, que considera unilaterais os chamados contratos bilaterais imperfeitos, porquanto aquelas contraprestações não são conseqüências necessárias do contrato, porém simplesmente eventuais.”

Nem poderia ser diferente. Com todo o respeito devido aos entendimentos contrários, entende-se inegável a ausência de relação de interdependência entre a obrigação principal surgida do contrato unilateral com a eventual obrigação surgida posteriormente, no curso da execução do contrato.

A obrigação do depositante de indenizar o depositário pelos custos com a manutenção da coisa depositada, comumente citada como exemplo gerador do contrato bilateral imperfeito, decorre do simples fato de ter havido uma despesa e como contraprestação dessa mesma despesa. Não como contraprestação à obrigação de guarda da coisa depositada. Se o dever de reembolso fosse considerado contraprestação da obrigação principal (de guarda da coisa), aquela prestação, consubstanciada na despesa suportada pelo depositário, permaneceria sem correspondente, numa situação artificial.

Adicionalmente, até mesmo o caráter eventual dessa segunda obrigação, que pode ou não surgir, dependendo das circunstâncias em que o contrato for executado (existência ou não da despesa com a manutenção da coisa

porquanto inexistente prestação correspondente que possa ser incumprida, pressuposto do surgimento do direito resolutivo.”

¹⁹⁸ Tepedino *et al*, *op. cit.*, v. II, p. 125.

¹⁹⁹ Monteiro, *op. cit.*, p. 25, que, embora reconheça a imprecisão técnica da espécie, recomenda a sua manutenção por efeitos práticos, devido à aplicabilidade do direito de retenção.

depositada, no exemplo acima citado), já seria suficiente para afastar a bilateralidade destes contratos.

Tampouco seria lógico admitir a alteração da natureza do contrato devido ao fato eventual, posterior à celebração do contrato e que com este não guarda relação de origem. Afinal, a obrigação posterior nasce de um fato, como despesas com a manutenção da coisa depositada e não do contrato propriamente dito. Facilmente percebe-se tal distinção, uma vez que, mesmo sem qualquer relação contratual como supedâneo, esse fato geraria, igualmente, o mesmo dever de reembolso.

Se esta mutação fosse admissível, todo contrato bilateral ou sinalagmático, descumprida a obrigação principal assumida por uma das partes, passaria a ser unilateral. Contudo, apesar de ser fonte de várias consequências nestes contratos, o inadimplemento de uma das partes não transforma o contrato sinalagmático em unilateral.

Um fato eventual, posterior e desligado da origem contratual, afigura-se inidôneo para transformar a natureza do contrato. Os contratos ditos bilaterais imperfeitos têm caráter eminentemente unilateral, sendo recomendável abandonar a denominação proposta.

Convém destacar que nem mesmo os ilustres Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud, partidários da extensão da exceção de contrato não cumprido aos contratos ditos bilaterais imperfeitos, conseguem explicar plenamente o fundamento de tal extensão. Para tanto, embora reconheçam ser

necessário distinguir o direito de retenção e a exceção em exame²⁰⁰, acabam por incorrer nessa mesma confusão, afirmando²⁰¹:

“Es cierto que no existe interdependencia entre la obligación accesoria nacida del contrato sinalagmático imperfecto y la obligación principal originaria. Desde luego son recíprocas. Esa reciprocidad basta para que pueda hacerse que rijan los contratos sinalagmáticos imperfectos, si no todas las reglas del contrato sinalagmático, al menos aquellas en que la reciprocidad es suficiente para explicarlas. De modo especial, la excepción ‘non adimpleti contractus’, en la forma de derecho de retención, que permite que al contratante, que ha efectuado gastos para la conservación de la cosa, negarse a la restitución entre tanto que no haya sido reembolsado de sus impensas.”

É inegável que as obrigações citadas pelos ilustres juristas franceses têm alguma relação. O que se nega é a existência de uma relação de interdependência entre elas, de forma a caracterizar esses contratos como bilaterais, ainda que imperfeitos. Não por outra razão, os juristas franceses recorrem à noção de direito de retenção para justificar o “cabimento” da exceção de contrato não cumprido nos contratos ditos bilaterais imperfeitos.

Pietro Perlingieri, ao comparar os contratos ditos unilaterais imperfeitos aos contratos com prestações recíprocas, conclui pela inexistência do vínculo sinalagmático nos primeiros, apesar de enquadrá-los como bilaterais. Como resultado, admite a incidência dos remédios sinalagmáticos, inclusive da exceção de contrato não cumprido, apenas aos contratos com prestações recíprocas²⁰².

²⁰⁰ Mazeaud *et al.* *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969, parte II, v. 1, p. 377-378.

²⁰¹ *Idem, ibidem*, p.111.

²⁰² Perlingieri, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 453. Diz o autor: “Con riferimento alle attribuzioni patrimoniali, accanto al contratto c.d. unilaterale, si colloca il contratto a prestazioni corrispettive (o sinallagmatico) che si caratterizza per la presenza del c.d. sinallagma che indica la sussistenza di un nesso funzionale tra le attribuzioni che sono poste l'une in funzione dell'altra, mettendo in evidenza la programmazione di uno scambio in senso giuridico [I, 46]. La sinallagmaticità del contratto giustifica una disciplina che consente ad una parte di rifiutarsi di eseguire la prestazione se l'altra parte non esegue la propria (1460), di liberarsi se la controprestazione diviene impossibile

A aparente distinção com o quanto aqui exposto pode ser explicada pela diferenciação, já abordada, inexistente na legislação brasileira, entre contratos bilaterais e contratos com prestações recíprocas. Na Itália, diferentemente do que acontece no Brasil, os contratos ditos sinalagmáticos são aqueles com prestações recíprocas. Toma-se a bilateralidade em sentido amplo, não enquanto qualificada pela reciprocidade de prestações, conforme no Direito brasileiro.

De outra sorte, tampouco há no texto de Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud qualquer indicação de critério que justifique o tratamento dispensado às diversas regras específicas dos contratos bilaterais, no que tange aos contratos ditos bilaterais imperfeitos.

Ora, a referida exceção, tanto quanto a resolução legal, tem por fundamento a regra máxima de justiça dos canonistas *inadimplenti non est adimplendum* ou, se se preferir, o nexo de interdependência entre as obrigações contratuais.

Por isso, a regra da reciprocidade não constituiria discrimen objetivo, como pretenderam os eméritos juristas citados, para justificar a

*por causa non imputabile alle parti (1463) o se vi è grave inadempimento dell'altra (1453). Tuttavia, la corrispettività non si identifica con l'onerisità che costituisce, invece, il risultato di una valutazione economica delle reciproche attribuzioni delle parti. Il contratto è oneroso là dove sussiste un'equivalenza o un'adeguatezza, sul piano economico, tra le prestazioni contrattuali. Il contratto è gratuito là dove faccia difetto tale adeguatezza. (...) Infine, i contratti a prestazioni corrispettive non si risolvono nei contratti com prestazioni a carico de entrambe le parti (c.d. bilaterali), perché sussistono contratti de tale genere che non presentano il c.d. sinallagma, come il mandato oneroso e che, conseguentemente, non sono sottoposti allà disciplina dettata per la corrispettività." À lição do mestre italiano caberia apenas o reparo de que, conforme a orientação adotada neste trabalho, em certas condições, o contrato ordinariamente unilateral estipulado em sua origem, mediante o recebimento de remuneração pela prestação, como no mandato oneroso aludido no trecho transcrito, seria possível vislumbrar a bilateralidade, ou, como citada no texto, a *sinallagmaticità* ou *corrispettività*. Caberia, assim, apenas adaptar o exemplo citado para o caso do mandato no qual tenham surgido despesas arcadas pelo mandatário, que devem ser reembolsadas pelo mandante. Neste caso, não se instaura a bilateralidade (*sinallagmaticità* ou *corrispettività*), considerando a ausência da comunhão de causa e, portanto, também do sinalagma, em especial em seu aspecto genético.*

dispensa de tratamento diverso à resolução e à exceção em voga aos contratos ditos bilaterais imperfeitos, de modo que só esta teria aplicação nesse âmbito. É certo que nenhuma das regras aplica-se aos contratos ditos bilaterais imperfeitos, adstritas que estão ao âmbito da bilateralidade.

Os próprios autores, ao recorrer à figura do direito de retenção, corroboram o quanto aqui exposto. Resta pouca dúvida de que, ou se trata de exceção de contrato não cumprido, ou se trata de exercício de direito de retenção. Não existe tal exceção de contrato não cumprido na forma de direito de retenção. O recurso a este último demonstra, claramente, que se está diante de uma figura contratual unilateral, campo mais do que próprio para o *jus retentionis*, mas inóspito à *exceptio non adimpleti contractus*²⁰³.

Por fim, em toda essa miscelânea de classificações, deve-se destacar a peculiar situação daqueles contratos em que, embora sejam, pela lei presumidos unilaterais, já de início seja pactuada pelas partes, no exercício da autonomia privada, a remuneração como contraprestação à obrigação principal.

À guisa de ilustração, menciona-se a hipótese do contrato de depósito, disciplinado pelos artigos 627 e seguintes do Código Civil. Trata-se de um contrato real, já que se constitui mediante a entrega da coisa, objeto da prestação ao depositário, e, geralmente, gratuito, por força de presunção legal inserta no artigo 628 do Código Civil vigente.

Esse caráter gratuito decorre da origem do depósito, baseando-se na sedimentada noção de fidúcia que historicamente cercou o instituto. A tal ponto que alguns autores justificam até mesmo a subsistência da

²⁰³ Aliás, segundo Orlando Gomes, os contratos bilaterais ditos imperfeitos não se justificam como classe distinta da dos contratos unilaterais, considerando-se o não abandono completo da distinção apenas para facilitar a identificação da incidência do direito de retenção (*op. cit.*, p. 72).

unilateralidade quando pactuada a remuneração do depositário, amparados na permanência da fidúcia como verdadeira causa da obrigação de guarda da coisa depositada.

Cita-se, por exemplo, a lição de Alberto Trabucchi²⁰⁴:

“Pertanto, il deposito e il mandato rimangono contratti unilaterali anche quando sono a titolo oneroso, perché l’attività del depositario o del mandatario non trova la sua causa nel compenso, essendo piuttosto la fiducia l’elemento fondamentale per l’uno e per l’altro contratto; così, se la fiducia viene a mancare per qualche fondato motivo, si può far cessare il rapporto da parte del mandante o depositante e invece il mancato pagamento del compenso non è sufficiente per risolvere il contratto da parte del mandatario o depositario.”

Contudo, o que ocorreria se o elemento fundamental referido pelo Professor Alberto Trabucchi deixasse de existir, sendo substituído pelo caráter meramente econômico? O que ocorreria se a obrigação de guarda da coisa passasse, nitidamente, a ser pressuposto da obrigação de pagamento de remuneração?

Esta pergunta coloca-se como decorrência natural da transformação experimentada pelo depósito. De contrato geralmente gratuito, passou a geralmente oneroso, tendo-se consolidado a inegável realidade do depósito remunerado como regra geral, calcado pelo sentido lucrativo do depositário e desprovido do elemento fiduciário.

Não se pode ignorar o fato de, atualmente, a esmagadora maioria dos contratos de depósito ser celebrada sem qualquer resquício do elemento fiduciário. Em geral, salvo aquela objetivamente presente em qualquer relação interpessoal, não existe nenhuma relação de confiança entre depositante

²⁰⁴ Trabucchi, *op. cit.*, p. 685.

e depositário, afastando-se completamente o traço da fidúcia que, tradicionalmente, acompanha o instituto e justifica a presunção de sua gratuidade.

Se, nestes contratos, a obrigação principal de uma das partes é estabelecida não em função de uma relação de confiança, mas sim como contraprestação a uma remuneração estabelecida no nascimento do contrato, o nexo de reciprocidade existente entre ambas é constituído pelas obrigações contrapostas.

Configurado tal nexo, tem-se que, à obrigação de guarda da coisa até reclamação do depositante, corresponde a remuneração por este devida ao depositário. Uma não existe sem a outra; uma é causa ou pressuposto da outra. Ao se indagar o motivo pelo qual o depositário aceitou guardar a coisa, a resposta deverá identificar a remuneração contratada e não a fidúcia.

Não se deve concluir que tal raciocínio é incoerente com o que já foi exposto sobre os contratos ditos bilaterais imperfeitos. Existem grandes diferenças entre as situações: nos ditos bilaterais imperfeitos, a obrigação contraposta é, além de eventual, derivada de fato não diretamente ligado ao contrato e posterior à sua celebração. Já nos contratos ora mencionados, a contraprestação que, além de não ser eventual é contemporânea à celebração do contrato, nasce com o próprio contrato e encontra o seu substrato na autonomia privada das partes.

Por isso pode-se falar, sem afetar a coerência, de bilateralidade quanto aos contratos presumivelmente unilaterais mas que, por força da autonomia privada, nascem já com obrigações contrapostas, carentes do

elemento fiduciário e ligadas por um tal nexo de interdependência, de forma que uma se coloca como causa da outra²⁰⁵.

A mesma opinião tem Lodovico Barassi²⁰⁶, embora faça alusão ao mandato “retribuído”:

“E sia bene chiaro che non figura tra questi casi [refere-se aos contratos ditos bilaterais imperfeitos] il mandato retribuito. Non credo che questo sia un contratto con prestazione unilaterale. Il mandato retribuito produce due rapporti obbligatori equivalenti, come il contratto de lavoro...”

De fato, igual fenômeno se dá no contrato de mandato, historicamente gratuito, por isso que baseado em uma relação de confiança. No entanto, modernamente, o mandato pode – e em regra se dá – consubstanciar uma relação desprovida de qualquer caráter fiduciário, inspirada única e exclusivamente na troca de prestações (agir em nome do mandante, de um lado, pagamento da remuneração do mandatário inicialmente acertada, de outro). E, tratando-se de contratos bilaterais ou sinalagmáticos, não cabe qualquer discriminação no que toca à incidência dos chamados remédios bilaterais ou mecanismos de defesa atribuídos à parte de tal contrato.

Em suma, no Direito brasileiro afiguram-se equivalentes os contratos bilaterais, sinalagmáticos e de prestações recíprocas, considerando-se como tais também aqueles que, embora geralmente unilaterais, são celebrados devido à contraprestação acertada e sem o elemento fiduciário. Tudo isso em oposição aos unilaterais (incluídos aí os ditos bilaterais imperfeitos, que mantêm seu caráter unilateral).

²⁰⁵ No mesmo sentido, Gomes, *op. cit.*, p. 339-340; Assis, *op. cit.*, p. 22; Mendonça, *op. cit.*, p. 450.

²⁰⁶ Barassi, *op. cit.*, p. 259. Não se pode confundir esta situação com a do mútuo feneratício, que permanece unilateral, embora oneroso. Isto porque, apenas para citar uma divergência fundamental, nesta espécie de mútuo as duas obrigações cogitadas (restituição do montante mutuado e pagamento dos juros) recaem sobre a mesma pessoa, o mutuário. Nessas condições, não se pode falar em bilateralidade.

5.1.2. A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SINALAGMA

Muito se falou até aqui da noção de interdependência entre as obrigações principais nascidas de um contrato bilateral ou sinalagmático. Já se disse, embora de modo incipiente, que essa interdependência guarda estrita relação com o sinalagma. Convém, então, estudar a fundo qual seria essa relação e seus reflexos no que se refere à exceção de contrato não cumprido.

O Direito Romano, embora com decrescente vigor, foi avesso à idéia do *solus consensus obligat*, prestigiando formas solenes de constituição das obrigações. Daí resultou, em sua acepção romana inicial, a idéia do contrato bilateral como mero agrupamento independente de obrigações contrapostas.

Os naturais inconvenientes de uma tal concepção começaram a ser atenuados por obra pretoriana, com a introdução da *exceptio mercis non traditae* (Gaio, Inst. IV, 126), inicialmente restrita a certos contratos, mas gradativamente estendida, pela jurisprudência, a todos os contratos bilaterais²⁰⁷.

Posteriormente, os romanos importaram a palavra grega *synallagma* como tradução para a palavra *contractum*, conforme trecho atribuído por Ulpiano a Labeão, segundo o qual *contrato significa obrigação de uma parte e de outra parte, o que os gregos denominam de sinalagma, como a compra, venda, locação, arrendamento e sociedade*²⁰⁸.

²⁰⁷ Lopes, *op. cit.*, p. 228.

²⁰⁸ O texto latino, em sua íntegra, dispõe: “*Labeo libro primo Praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur. Et ‘actum’ quidem generale verbum esse, sive verbis, sive quid agatur ut in stipulatione, vel numeratione; ‘contractum’ autem ultro citroque oblitationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; ‘gestum’ rem significare verbis factum.*” (“Labeão define no livro Primeiro do Pretor urano, que umas coisas se fazem, outras se gestionam e outras se contratam. E certamente que a palavra ‘ato’ é geral, quer seja realmente como na

É do próprio mestre Serpa Lopes a afirmação da existência, no Baixo Império, de outro texto romano também referido por Ulpiano, no Livro IV do Édito, por ocasião da referência aos contratos inominados. Segundo a lição do saudoso civilista, o texto retrata a posição de Ariston, que

“respondeu elegantemente a Celso que existia uma obrigação quando por exemplo eu te dou uma coisa para que tu me dêes uma outra ou para que tu me faças alguma coisa; esta operação é um sinalagma e dela nasce uma ação civil.”²⁰⁹

Enquanto se atribui a suposta referência de Labeão às obrigações recíprocas (*ultra citroque obligationem*) à interpolação dos compiladores, a alusão de Ariston seria muito mais coerente do ponto de vista histórico, dada a sua origem grega, em que a noção de sinalagma apresentava feição consensual mais próxima da noção moderna de contrato²¹⁰.

A partir do Baixo Império, inicialmente como derivação da idéia de boa-fé, e posteriormente como categoria objetiva e independente própria dos contratos, a noção de sinalagma foi paulatinamente aproximando-se da idéia de reciprocidade.

Como visto, foi no período dos canonistas que tanto o contrato quanto a própria noção nuclear do sinalagma adquiriram, em essência, sua concepção atual. O fortalecimento do contrato e de sua força vinculante

estipulação de quantidade; porém, contrato significa obrigação de uma parte e de outra parte, o que os gregos denominam de sinalagma, como a compra, venda, locação, arrendamento e sociedade; gestionando significa coisa feita com palavras.” (apud Lopes, op. cit., p. 229). O saudoso mestre ensina que a noção grega de synallagma tinha caráter eminentemente consensual, equivalendo, em essência, à noção moderna de contrato (op. cit., p. 229-230).

²⁰⁹ *Idem, ibidem, p. 231. A versão original do trecho citado diz: “elegantem Ariston Celso respondit esse obligationem ut puta debi tibi rem ut mihi alium dares, dedi ut aliam facias hoc synallagma esse et hinc nasci civilem actionem...”.*

²¹⁰ Lopes, op. cit., p. 230-233.

como manifestação da fé jurada e a máxima *inadimplenti non est adimplendum* marcam o alcance dessa essência.

5.1.3. O SINALAGMA E A SUA MODERNA CONCEPÇÃO

Ultrapassada toda essa evolução, pode-se dizer que o sinalagma representa o nexo de reciprocidade e interdependência genética e funcional existente entre as obrigações derivadas de uma relação contratual bilateral, seja por força de lei, da natureza do negócio, seja pela vontade das partes.

Trata-se de noção essencial dos contratos bilaterais²¹¹, sem a qual estes perdem o seu traço distintivo. Para ser bilateral quanto aos efeitos, o contrato deve gerar obrigações recíprocas interdependentes, ligadas pelo nexo chamado sinalagma, que se caracteriza pela comunidade de origem das obrigações e pela respectiva conexidade.

Nos contratos bilaterais, a peculiaridade do vínculo criado entre as partes requer uma compreensão dinâmica da relação, para apreender a existência e o funcionamento das obrigações atadas pelo sinalagma. Daí a afirmação de Juan Carlos Rezzónico, segundo quem o sinalagma forma um complexo que acorrenta as prestações, criando entre elas um nexo muito particular²¹².

Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes, a caracterização do sinalagma exigiria também a presença da boa-fé, no seu sentido objetivo²¹³.

²¹¹ Também denominados sintomaticamente sinalagmáticos.

²¹² Rezzónico, *op. cit.*, p. 325.

²¹³ Lopes, *op. cit.*, p. 244-245.

Porém, entende-se que, apesar de a boa-fé objetiva exercer influência sobre o sinalagma, não se manifesta por si só, mas como instrumento de identificação da reciprocidade entre as obrigações, conforme tratada acima, constituindo critério para distinguir as obrigações principais e acessórias, relevantes e irrelevantes²¹⁴.

No âmbito deste trabalho, o emprego da boa-fé objetiva adquire maior relevo na investigação da legitimidade da oposição da própria exceção, merecendo, por isso, tratamento específico.

5.1.4. ASPECTOS GENÉTICO E FUNCIONAL DO SINALAGMA

A marca dos contratos bilaterais reside no sinalagma, entendido este como o vínculo entre as obrigações nascidas de uma relação contratual. Estabelecida essa premissa, resta investigar a importância do momento de formação do sinalagma, de modo a caracterizar a bilateralidade contratual. Em outras palavras, impõe-se definir se o momento em que a relação de interdependência se forma tem o poder de influenciar a classificação de um dado contrato, quanto à(s) obrigação(ões) por ele gerada(s).

Com efeito, entendendo-se que tal momento não tem qualquer relevância, será preciso concluir que os contratos ditos bilaterais imperfeitos (ou não rigorosamente unilaterais, como prefere Enneccerus) poderiam enquadrar-se na categoria dos bilaterais ou sinalagmáticos.

²¹⁴ A esse respeito, a boa-fé objetiva teria a mesma função exercida pela noção de causa, segundo a teoria de Capitant. De acordo com o mestre francês, obrigação principal seria aquela posta como causa determinadora da vontade de a outra parte se obrigar. Portanto, não sendo causa determinadora de tal vontade, a obrigação seria acessória (Lopes, *op. cit.*, p. 236-238).

Portanto, a única resposta coerente com essa questão consiste em afirmar que o sinalagma, a relação de reciprocidade e interdependência entre as obrigações nascidas de um contrato deve existir na sua formação, bem como durante a execução e até a extinção.

Para enfrentar esse problema, a doutrina identificou o sinalagma genético e o sinalagma funcional. Prefere-se, no entanto, falar em aspectos genético e funcional do sinalagma, para evitar uma conclusão equivocada de que versam sobre realidades estanques.

Fala-se do aspecto genético do sinalagma quando se tem em mira a fase de formação do contrato. Nesta ocasião, é preciso identificar a existência de obrigações recíprocas e interdependentes. Portanto, nas palavras de Alberto Trabucchi²¹⁵, o aspecto genético do sinalagma “*sta a significare il recíproco rapporto di giustificazione causale che deve intercorrere tra le contrapposte obbligazioni nascenti dal contratto nel momento della sua stipulazione.*”

No mesmo sentido, o *Code Napoleon*, a pretexto de definir os contratos sinalagmáticos, isolou apenas o aspecto genético do sinalagma em seu artigo 1.102, segundo o qual “*le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s’obligent réciproquement les envers les autres*”²¹⁶.

Assim, o aspecto genético do sinalagma indica a necessidade de duas obrigações recíprocas e interdependentes na celebração do contrato, de modo que uma seja considerada a contraprestação da outra. Ausente tal situação na gênese do contrato, ele será unilateral. A sua relevância prática manifesta-se,

²¹⁵ Trabucchi, *op. cit.*, p. 685.

²¹⁶ Assis, *op. cit.*, p. 24.

por exemplo, na desoneração do contratante diante da verificação da impossibilidade inicial da prestação objeto da obrigação do outro contratante, cujo efeito é a nulidade do contrato²¹⁷.

Alude-se, por outro lado, ao aspecto funcional do sinalagma quando se considera a fase de execução do contrato, em que as partes devem, supostamente, dar cumprimento às obrigações assumidas, realizando as prestações devidas à outra parte.

Essa relação equilibrada, estabelecida pelas partes, entre prestação e contraprestação, não deve existir somente na gênese do contrato, mas sim ser mantida ao longo do desenvolvimento da relação contratual. Do contrário, seria impossível explicar tanto a cláusula resolutória tácita quanto a própria a exceção de contrato não cumprido, já que ambos pressupõem a existência de um contrato bilateral válido e eficaz²¹⁸.

Esta justificativa encontra-se no aspecto funcional do sinalagma, ou seja, na relação equilibrada que deve perdurar durante todo o trato entre as partes, que se rompe pelo inadimplemento. Onde, faltando a prestação, torna-se inexigível a contraprestação, podendo a parte não inadimplente optar pela resolução do contrato ou pela coerção, ativa ou passiva, do inadimplente ao cumprimento²¹⁹.

Expressou-se, acima, a preferência pelo uso da nomenclatura proposta (aspectos genético e funcional do sinalagma), em detrimento da alusão a sinalagma genético e sinalagma funcional, como se pode verificar nas doutrinas nacional e estrangeira.

²¹⁷ Bianca, *op. cit.*, p. 461.

²¹⁸ Lopes, *op. cit.*, p. 247.

²¹⁹ Bianca, *op. cit.*, p. 461.

Busca-se, com tal sugestão, aparentemente preciosista, evitar interpretações desavisadas que vejam no sinalagma genético e no sinalagma funcional, duas coisas diversas e estanques. Como consequência, poder-se-ia tentar sustentar que, nos contratos ditos bilaterais imperfeitos, por mais que faltasse o sinalagma genético, haveria o sinalagma funcional, a justificar a ampliação, a estes contratos ditos bilaterais imperfeitos, do campo de incidência da exceção de contrato não cumprido.

Todavia, a argumentação não procede justamente pelo fato de o sinalagma ser único. Sinalagma genético e sinalagma funcional são apenas dois aspectos do mesmo vínculo que une, em comunhão de origem, reciprocidade e interdependência, as obrigações emanadas do contrato bilateral, tanto no momento da sua formação, quanto na sua execução e extinção. Daí a preferência pela nomenclatura empregada neste tópico.

Embora mantendo a nomenclatura tradicional, Inocêncio Galvão Telles sufraga tal exposição, afirmando²²⁰:

“Assinale-se, bem claramente, que sinalagma genético e sinalagma funcional não são duas realidades diferentes: são uma e a mesma realidade, vista em momentos diversos: no momento inicial da constituição (gênese) da obrigação e na fase subsequente durante a qual ela vive e subsiste (funciona).”

A distinção entre sinalagma genético e sinalagma funcional, como aparece na doutrina tradicional, ou entre os aspectos genético e funcional do sinalagma, como ora se propugna, não deve ser entendida senão sob a forma de um instrumento pedagógico, desprovido do intuito de bipartir o sinalagma em duas realidades distintas.

²²⁰ Telles, *op. cit.*, p. 96.

5.1.5. OS DITOS SINALAGMAS CONDICIONAL E IMPERFEITO

Parte da doutrina sustenta a existência de um suposto sinalagma condicional, que consiste na relação de reciprocidade verificada na pendência de cada uma das obrigações emanadas do contrato bilateral.

Juan Carlos Rezzónico²²¹, um dos defensores do instituto no Direito argentino, escreve:

“...en el condicional se hace dependiente la persistencia de cada deber de prestación de la existencia de la contraprestación, de manera que si la prestación convenida por una parte luego de la conclusión contractual se frustra, ello conduce a la liberación de la contraria.”

Para tentar ilustrar o sinalagma condicional, cita o artigo 895 do Código de Vélez Sársfield, segundo o qual a impossibilidade da prestação opera a extinção da obrigação não só para o devedor, mas também para o credor, devendo as partes retornar ao estado anterior²²².

Tem-se por desnecessário, contudo, recorrer à figura do “sinalagma condicional” para justificar essa situação. Ela pode ser perfeitamente incluída – e de fato está – no aspecto funcional do sinalagma, cuja feição mostra-se dinâmica.

Qualquer que seja o motivo, a falta da contraprestação após a celebração do contrato bilateral desonera o outro contratante da contraprestação. Isso ocorre, única e exclusivamente, por força do aspecto funcional do

²²¹ Rezzónico, *op. cit.*, p. 330.

sinalagma, que visa assegurar o equilíbrio estabelecido pelas partes, enquanto durar o contrato.

Cumprido, ainda, tecer algumas considerações finais a respeito do sinalagma imperfeito. Serpa Lopes entende, baseado em R. Cassin, que a mera conexidade entre a obrigação principal, criada pelo contrato unilateral, e aquela obrigação *ex post facto* e eventual, decorrente de um fato acontecido durante a execução do contrato, seria suficiente para configurar o chamado sinalagma imperfeito²²³.

Como dito alhures, levando-se em conta as obrigações existentes quando de sua formação, os contratos ditos bilaterais imperfeitos (ou não rigorosamente unilaterais) não podem ser considerados bilaterais na acepção técnica da palavra. Falta-lhes, justamente nesse momento inicial, as duas obrigações recíprocas e ligadas por um nexo de interdependência, que nada mais é do que o sinalagma em seu aspecto genético.

Posteriormente, se e quando tal obrigação contraposta, isto é, nascida no sentido oposto daquela obrigação principal única criada pelo contrato unilateral, vier a surgir *ex post facto*, ainda estará ausente o nexo de reciprocidade. Como já abordado, uma obrigação não poderá ser considerada

²²² *Idem, ibidem*, p. 330.

²²³ Lopes, *op. cit.*, p. 251-258. O pioneiro autor cita a conclusão de R. Cassin sobre o tema, a qual se pede vênica para transcrever: “*Dès lors que dans les contrats synallagmatiques imparfaits comme dans les contrats synallagmatiques parfaits, il existe avant tout entre les obligations réciproques des parties, une communauté réelle d'origine, un lien de connexité intellectuel, subjectif, le type de rétention qu'il y a lieu d'admettre doit être identiquement le même pour les deux catégories de rapports; ce doit être l'exception non adimpleti contractus. Peu importe si fréquemment ou trouve aussi en fait un lien de connexité objective, matérielle, entre la chose détenue par le contractant tenu de l'actio directa, et sa créance contra l'autre contractant susceptible d'être exercée par voie d'actio contraria. Cette circonstance qui se produit aussi fréquemment à l'occasion de contrats synallagmatiques parfaits (vente, mandat ou dépôt salarié, louage de chose ou d'outrage) est insuffisante pour modifier le caractère essentiel des droits appartenant au détenteur tenu de l'actio directa: la seule conséquence qu'elle puisse comporter, c'est nous l'avons déjà vu, l'attribution cumulative au même contractant, à raison de sa double qualité de contractant et rétention fondée sur le debitum cum re junctum*” (*op. cit.*, p. 253-254).

contraprestação da outra. Portanto, elas não estarão atadas pelo vínculo sinalagmático.

Convém notar a insuficiência da mera existência de obrigações contrapostas ou recíprocas para a caracterização do sinalagma e, portanto, da bilateralidade do contrato. Exige-se mais do que isso. Exige-se a existência de um nexo de interdependência entre as obrigações, de forma que uma seja pressuposto, causa ou razão de ser da outra. Faltando uma, a outra não fará nenhum sentido.

Confira-se, nesse tocante, a feliz expressão de Lodovico Barassi, para quem a configuração do sinalagma requer uma relação antitética entre as obrigações criadas pelo contrato bilateral²²⁴:

“Intendo con ciò affermare che il contratto con prestazioni corrispettive assicura a ciascuna delle due parte opposte un’attribuizione. Quindi due attribuizione in relazione di antitesi, e sia pure un’antitesi placata con l’accordo contrattuale sulla base di un dato equilibrio tra le opposte attribuizione (...). Premetto che questo sinallagma – che etimologicamente designa appunto una relazione tra due opposte attribuizione risalenti a un accordo contrattuale – è la ragione che ha determinato le disposizioni del codice a propósito del contratto com prestazioni corrispettive.”

Outra não é a lição de José Maria Gastaldi e Esteban Centanaro²²⁵, considerando a definição do artigo 1.138 do Código Civil argentino, acima transcrito. *Verbis*:

“El concepto que emana del artículo centra la clasificación en la existencia de una o dos partes obligadas, pero debe destacarse que no basta que en el contrato bilateral cada una de las partes resulte obligada con una prestación, o sea que existen obligaciones contrapuestas, sino que entre ambas debe existir un vínculo de

²²⁴ Barassi, *op. cit.*, p. 256.

²²⁵ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 59.

reciprocidad, de interdependencia, por lo que cada parte no está obligada a su propia prestación sin que sea debida la prestación de la otra; una resulta así presupuesto de la otra. De allí que la doctrina clásica y parte del neocausalismo sostienen que en los contratos bilaterales la causa de la obligación de una parte la constituye la obligación de la otra o la efectiva prestación de esta.”

Por fim, nos contratos ditos bilaterais imperfeitos (ou não rigorosamente unilaterais), faltará também a comunhão de origem a que se refere o próprio Serpa Lopes, ao citar os traços característicos do vínculo sinalagmático²²⁶.

Isto porque, nestes contratos, a (única) obrigação principal criada pela vontade das partes é aquela que recai sobre a parte dita devedora. Seu fundamento na lei tem apenas caráter indireto, dado o reconhecimento da autonomia privada pelo Direito positivo.

Já a obrigação surgida eventualmente e *ex post facto*, pelo contrário, deriva diretamente da lei, e não da vontade das partes²²⁷. Mesmo se se considerar esse dever como uma cláusula contratual implícita, ela o será por força de presunção legal e, portanto, como decorrência direta da lei. Nesse sentido, tampouco se pode falar em comunhão de origem entre as obrigações consideradas nos contratos ditos bilaterais imperfeitos (ou não rigorosamente unilaterais).

Concluindo, torna-se desnecessário o recurso ao sinalagma condicional, dado estar ele contido no aspecto funcional do sinalagma. Por sua vez, não existe um tal sinalagma imperfeito, pois não existe nexo de

²²⁶ Lopes, *op. cit.*, p. 244.

²²⁷ Deve ficar claro que nada impede que as partes transformem, por vontade própria, um contrato unilateral em bilateral. Para isso, basta que elas criem um vínculo de interdependência entre a obrigação principal e a(s) obrigação(ões) acessória(s) recíproca(s). Caso isso não seja feito, o contrato permanecerá unilateral.

interdependência, nem a comunhão de origem entre a obrigação principal e a eventual obrigação *ex post facto*.

5.1.6. SÍNTESE DO CAMPO DE ATUAÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Apenas para sintetizar o quanto exposto sobre esse requisito do vínculo sinalagmático, destaca-se que a legislação brasileira não distingue os contratos bilaterais dos sinalagmáticos ou daqueles com prestações correspectivas. No âmbito do ordenamento pátrio, as expressões equivalem-se.

Ademais, ao passo que os contratos bilaterais criam obrigações recíprocas e interdependentes entre os contratantes, os unilaterais caracterizam-se pela criação de uma única obrigação principal, a cargo da parte denominada devedora, sendo aceitável, no entanto, a existência de obrigações secundárias ou acessórias a cargo da parte dita credora.

Os contratos ditos bilaterais imperfeitos são essencialmente unilaterais, e não sofrem qualquer alteração quanto à sua natureza unilateral devido a eventual surgimento de obrigações durante a execução.

Assim, o campo de atuação da exceção de contrato não cumprido fica restrito às relações contratuais sinalagmáticas, fora do qual não se admite empregar o remédio sinalagmático em exame. A esse respeito, a lição de Alberto Trabucchi²²⁸:

²²⁸ Trabucchi, *op. cit.*, p. 686.

“Nella vita del rapporto corrispettivo sono offerti al contraente notevoli mezzi di difesa con le tre forme di risoluzione legale (...); inoltre ciascuna parte può tutelarsi contro il pericolo di non essere a sua volta soddisfatta dalla controparte, mediante l’eccezione di inadempimento o di non perfetto inadempimento: exceptio non adimpleti contractus ed exceptio non rite adimpleti contractus. Questi remedi si basano sulla massima di giustizia pratica inadimplenti non est adimplendum. È stato detto a questo proposito che la prestazione di ciascuna parte costituisce bensì un obbligo assunto contrattualmente, ma anche un onere, nel senso che la parte deve adempiere se non vuole perdere il diritto alla controprestazione.”

No mesmo sentido, a lição de Roberto de Ruggiero²²⁹, justificando a utilidade da classificação dos contratos de acordo com os vínculos obrigacionais que dele irradiam:

“Ora, sob vários aspectos explica esta distinção a sua função. Só aos contratos bilaterais (e não entram neles os bilaterais imperfeitos, que permanecem sempre unilaterais) é aplicável a condição resolutiva tácita, pela qual, faltando um dos contraentes à sua obrigação, o outro pode pedir a revogação do contrato, quando não prefira agir para o obrigar a cumprir (art. 1.165); só quanto a esses se pode falar da exceptio non adimpleti contractus, que dá direito a cada um dos contraentes a recusar a execução da sua prestação, se o outro age sem ter cumprido a sua.”

Também em Portugal há o entendimento aqui esposado, conforme se colhe da lição de João Calvão da Silva, para quem a exceção de contrato não cumprido aplica-se apenas quanto aos contratos bilaterais e, dentro destes, apenas no que toca às obrigações ligadas por um vínculo de reciprocidade e interdependência²³⁰.

O eminente mestre português sustenta a unilateralidade dos contratos ditos bilaterais imperfeitos, ressaltando a inaptidão das obrigações a

²²⁹ Ruggiero, *op. cit.*, p. 254-255.

²³⁰ Silva, *op. cit.*, p. 333. Embora o autor limite a reciprocidade às obrigações principais, deve-se entender que, quanto àquelas obrigações colaterais, acessórias, deveres ou *obblighi*, também se configura o inadimplemento no ordenamento brasileiro, tendo em vista a noção de mora peculiarmente ampla prevista no Código Civil. Com isso, aquelas obrigações colaterais ou acessórias, cujo inadimplemento surtir efeitos negativos sobre a obrigação

cargo do credor eventualmente surgidas durante a execução contratual para transformar a natureza do contrato, dado o seu caráter accidental. Não haveria, como de fato não há, entre a única obrigação principal criada na gênese do contrato e aquela eventualmente surgida no curso de sua execução, um vínculo sinalagmático, o qual exige comunhão de origem e nexo de interdependência²³¹.

Tal posição, aliás, não é nova na doutrina brasileira. O ilustre Carvalho de Mendonça, em meados do século passado, já limitava a atuação da exceção de contrato não cumprido ao âmbito dos contratos bilaterais, por ele definidos como aqueles em que há obrigações recíprocas²³². Geralmente, a doutrina brasileira acompanha essa linha de idéias, pois entende que são essencialmente unilaterais os contratos ditos bilaterais imperfeitos (ou não rigorosamente unilaterais).

5.2. COETANEIDADE DO ADIMPLEMENTO

Outro requisito para a aplicação da exceção de contrato não cumprido consiste na coetaneidade do adimplemento. Isto significa que as obrigações devem ser exigíveis ao mesmo tempo, para que a dita exceção seja oponível.

Em vez de “simultaneidade”, prefere-se falar em “coetaneidade” do adimplemento, pois aquela poderia levar à conclusão imprecisa de que só se

principal, também ensejarão a oposição de exceção de contrato não cumprido, conforme se verá durante a análise do requisito do inadimplemento.

²³¹ *Idem, ibidem*, p. 333-334.

²³² Carvalho de Mendonça, José Xavier. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, v. VI, livro IV, p. 324-325. No mesmo sentido, Oliveira, Celso Marcelo de. *Tratado de direito empresarial brasileiro*. Campinas: LZN, 2004, v. 3, p. 233-234; Catalan, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 206-207.

aplica a exceção em voga nos contratos em que as obrigações são exigíveis no mesmo momento.

Como se verá, o alcance da exceção transborda os estreitos limites do contrato com prestações simultâneas, abrangendo contratos de execução continuada e também aqueles contratos em que, malgrado haja ordem na execução das obrigações, aquele que deve cumprir em segundo lugar ainda não recebeu a prestação devida.

5.2.1. A INFLUÊNCIA DO TEMPO

Do quanto já exposto, pode-se perceber nitidamente a influência da equidade e do equilíbrio entre as prestações nos contratos bilaterais. No que se refere à exigibilidade das prestações em tais contratos, vige a regra geral da simultaneidade, salvo estipulação legal, contratual ou decorrente da natureza do negócio ou dos usos e costumes locais em contrário.

A esse respeito, o artigo 134 do Código Civil, repetindo a regra do artigo 127 do Código revogado, estabelece que “*os atos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo*”.

Assim, o primeiro campo de atuação da exceção de contrato não cumprido é formado pelos contratos bilaterais em que as prestações são exigíveis simultaneamente. São as ditas obrigações *trait pour trait* da doutrina francesa, *zug um zug*, da doutrina alemã, *toma y daca* da doutrina espanhola ou *toma lá, dá cá* da doutrina portuguesa.

Naturalmente, se as prestações não são exigíveis ao mesmo tempo, não se pode falar em exceção de contrato não cumprido, ao menos em relação à parte que deve cumprir em primeiro lugar. Não cabe a um contratante justificar o seu inadimplemento com base no suposto “inadimplemento” de uma obrigação ainda não exigível, por exemplo, encoberta por termo ainda não atingido.

5.2.2. A ORDEM NA EXECUÇÃO DAS PRESTAÇÕES. A NÃO SIMULTANEIDADE

Se, por um lado, o primeiro campo de atuação da exceção de contrato não cumprido encampa o dos contratos bilaterais com prestações simultâneas, por outro, nada impede a sua extensão àqueles contratos bilaterais em que, por força da lei, do contrato, da natureza da obrigação ou dos usos e costumes, haja uma ordem para a execução das prestações.

Com efeito, a exceção de contrato não cumprido tem por finalidade proteger o contratante não inadimplente demandado pelo contratante inadimplente pelo cumprimento de sua obrigação. Nesse cenário, se for cabível a exceção ante prestações simultâneas, com maior razão será cabível no caso de prestações escalonadas, em que aquela devida em primeiro lugar não foi efetivamente cumprida.

Daí a preferência do termo “coetaneidade” das prestações no lugar de “simultaneidade”. Para ensejar o cabimento da exceção de contrato não cumprido, não se exige propriamente prestações simultâneas, mas sim

prestações que, em algum momento, venham a ser exigíveis ao mesmo tempo, embora não originalmente simultâneas.

Para ilustrar essa sutil diferença, pode-se recorrer ao exemplo emblemático de contrato bilateral: a compra e venda. Conforme o disposto no artigo 491 do Código Civil, *“não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço”*. A lei estabelece aí o escalonamento das prestações, sendo primeiro devido o pagamento do preço, para só depois ser exigível a tradição da coisa.

No entanto, pouca dúvida pode haver de que o vendedor está amparado pela exceção dilatória sob exame, caso venha a ser demandado pela entrega da coisa pelo comprador não adimplente.

Limitar o campo de atuação da exceção de contrato não cumprido aos contratos bilaterais com prestações simultâneas seria retirar de seu espectro o contrato de compra e venda. Por isso prefere-se o termo coetaneidade das prestações, que abrange também as prestações não originalmente simultâneas, mas que venham a experimentar, por quaisquer circunstâncias, um período de exigibilidade coeva.

5.2.3. OS CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA

Outra hipótese de cabimento da exceção de contrato não cumprido, fora das prestações rigorosamente simultâneas, mas passível de enquadramento dentro das prestações coevas, isto é, que serão vencidas, considerados os respectivos termos inicialmente previstos pela lei, pela natureza do negócio ou pelas partes, são os contratos de prestação continuada.

Nessa espécie de contrato, as obrigações das partes renovam-se periodicamente, prolongando-se a fase de execução e, conseqüentemente, a vida do contrato. À extinção de uma prestação segue-se o nascimento de uma outra, de forma sucessiva, até a extinção do contrato. Nesse tocante, cabe transcrever a lição de Nelson Borges²³³:

“Execução continuada (ou sucessiva) – nesta hipótese as obrigações deverão ser cumpridas semanalmente, quinzenalmente ou mensalmente, sempre de forma sucessiva. Em tais casos, nascendo de um só título – que se subdivide pela conveniência da contratação –, a prestação não se esgota totalmente com o ato positivo e integral da execução. Assim, em contrato de aluguel a prestação é continuada (ou sucessiva), equivale dizer, os compromissos mensais se sucedem (tractum sucessivum, dizia Neratius), mas sua satisfação não equivale à extinção da obrigação assumida na relação locatícia – a não ser parcialmente –, que só se considerará satisfeita integralmente com o fim da locação, pela via normal, isto é, com o cumprimento das prestações pactuadas.”

Em virtude dessa característica, as diversas prestações, malgrado unidas por comunhão causal, têm autonomia quanto ao interesse do credor, ocorrendo o fenômeno da exigibilidade *quotidie et singulis momentis*²³⁴.

Serpa Lopes afirma, acertadamente, que nos contratos de execução continuada as obrigações têm, como traços característicos, o fato de constituírem uma série de relações simples interligadas entre si por um duplo vínculo, unidade de origem e igualdade de forma ou de sujeito e objeto²³⁵.

Pelo mesmo motivo, a resolução do contrato bilateral de prestação continuada está, via de regra, desprovida do efeito retroativo,

²³³ Borges, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 300.

²³⁴ Lopes, *op. cit.*, p. 280.

²³⁵ Serpa Lopes, Miguel Maria. *Curso de direito civil. Fontes das obrigações: contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. III, p. 60.

característico da resolução no caso de contrato de execução imediata. Dada a resolução do contrato de execução continuada, as prestações já pagas regularmente não devem ser restituídas, sendo preservadas integralmente.

Pode-se exemplificar tal circunstância com o contrato de locação, que, uma vez resolvido, não enseja a restituição ao locatário dos valores pagos a título de aluguel, nem muito menos a “restituição” do tempo de uso e gozo do imóvel, o que seria absolutamente impossível.

Por outro lado, cumpre lembrar que nessa fase de execução do contrato, apesar do seu prolongamento, não se pode abrir mão do equilíbrio entre as prestações estabelecido quando da celebração, agora por influência do sinalagma em seu aspecto funcional, dado que o seu aspecto genético manifestou-se no equilíbrio existente na gênese do contrato.

Nos contratos de execução continuada, a falta da prestação autoriza, com base na exceção de contrato não cumprido, a imediata suspensão da contraprestação, até que aquela prestação seja realizada ou oferecida pelo contratante inadimplente. Seria uma clara afronta ao sinalagma funcional, e ao equilíbrio contratual, obrigar o contratante não inadimplente a pagar a contraprestação sem receber a prestação a ele devida. Jacques Ghestain²³⁶, ilustre mestre francês, coloca a questão em termos irretocáveis, ao se referir aos contratos de execução continuada:

“La suspension qui n’est pas légalement définie, apparaît comme un remède à une situation de crise: l’inexécution du contrat. Les auteurs contemporains lui accordent peu de place, ne lui reconnaissant que quelques applications légales et des applications juresprudentielles épisodiques. C’est pourtant, semble t-il, aujourd’hui une technique générale du droit contractuel (...). Ce qui caractérise la suspension

²³⁶ Ghestain, *op. cit.*, p. 371.

du contrat c'est qu'elle autorise l'une parties à interrompre l'exécution de tout ou partie de ses obligations sans encourir desanction, notamment la resolution fondée sur cette inexécution, l'autre partie étant dispensée d'exécuter tout ou partie de ses propres obligations en vertu du caractère synallagmatique du contrat qui implique la réciprocité des obligations contractuelles."

Percebe-se, no trecho transcrito, a preocupação do autor em justificar o instituto da exceção de contrato não cumprido, nos casos de suspensão do cumprimento de contratos de execução continuada. Isso ocorre devido à já mencionada ausência de dispositivo legal expresso, de índole geral, que discipline o instituto no ordenamento francês. Ressalvada essa questão, a lição de Jacques Ghestain mostra-se plenamente aplicável ao Direito brasileiro.

Destaque-se, outrossim, a inviabilidade de a exceção de contrato não cumprido voltar-se contra as prestações preteridas já realizadas. Tal efeito escapa do limitado escopo dilatatório da exceção em voga. O contratante não inadimplente pode, simplesmente, suspender as prestações vincendas, até a purgação da mora pelo contratante inadimplente.

Por mais esta condição, prefere-se falar em coetaneidade das prestações para distinguir o campo de atuação da exceção de contrato não cumprido da estreita redoma daqueles contratos bilaterais com prestações simultâneas. Exige-se, apenas, a coexistência das obrigações em estado de plena exigibilidade, não importando, do ponto de vista daquele que deve cumprir em segundo lugar, se uma teve vencimento antes da outra.

5.3. INADIMPLEMENTO

Enquanto dilatatória, a exceção de contrato não cumprido tem por

escopo postergar o cumprimento da obrigação do excipiente até o efetivo cumprimento ou oferecimento, pelo excepto, da prestação objeto da obrigação a seu cargo. Por outro lado, como meio de coerção defensiva, a referida exceção visa a forçar o cumprimento, ainda que indiretamente.

Esses dois prismas, pelos quais se pode enxergar a exceção de contrato não cumprido, escancaram a importância do inadimplemento na aplicação do instituto ora analisado. A exceção não pode ser oposta pela demandada quando o demandante não deixou de cumprir, nem quando ainda não esteja obrigado a fazê-lo.

A exceção de contrato não cumprido, como o próprio nome indica, pressupõe a existência do inadimplemento, tanto do excepto - que fundamenta e legitima a recusa do excipiente ao adimplemento -, quanto do próprio excipiente, dado que, se este já cumpriu, restar-lhe-á socorrer-se da execução forçada ou da resolução por inadimplemento.

É necessária a presença de dupla inadimplência para caracterizar a exceção de contrato não cumprido, sendo indispensável, por um lado, que o excepto tenha deixado de cumprir a sua obrigação e tente obter a satisfação daquela que lhe seja devida e, por outro, que o excipiente ainda não tenha prestado e se recuse a fazê-lo.

Fundamental, assim, para o estudo proposto, a análise do inadimplemento enquanto requisito para a oposição da exceção de contrato não cumprido.

5.3.1. CONCEITO DE INADIMPLEMENTO

O estado de inadimplência caracteriza a posição jurídica do devedor que, faltoso com a obrigação assumida, não realizou a prestação no tempo, lugar e forma convencionados.

Se, por um lado, o cumprimento regular da obrigação deve ser a regra geral em um sistema jurídico equilibrado, o não cumprimento consubstancia a patologia da relação, com conseqüências normalmente indesejáveis para o devedor, tendentes a recompor os interesses do credor.

Devido a essa excepcionalidade do incumprimento, o legislador do Código Civil, acompanhando nesse aspecto o do Código Civil de 1916, deixou de disciplinar o estado positivo da obrigação, ou seja, o direito outorgado ao credor de ver satisfeito o seu interesse, exigindo do devedor a prestação objeto da obrigação avençada²³⁷.

Conforme a precisa lição do insuperável mestre Agostinho Alvim, jurista paradigmático em matéria de inexecução das obrigações e suas conseqüências, o Código Civil não cogita do inadimplemento em si, mas do que acontecerá, uma vez que ele se verifique²³⁸.

Em termos amplos, conforme a lição do Professor Renan Lotufo, inexecução ou inadimplemento da obrigação significa a falta da prestação devida, seja qual for o seu objeto – dar, fazer ou não fazer. Sua ocorrência enseja, para o credor, o direito de exigir o cumprimento forçado,

²³⁷ Lotufo, op., cit., p. 427.

²³⁸ Alvim Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica Universitária, 1965, p. 19.

aparelhando-o a ordem jurídica dos instrumentos necessários para tanto²³⁹. Tudo isso como reação do ordenamento ao estado excepcional e incômodo, verdadeiramente patológico, criado pelo menoscabo ao vínculo obrigacional.

No mesmo sentido, Silvio Luís Ferreira da Rocha esclarece que *“a violação do dever de prestar, por causa imputável ao devedor, pode se revestir de uma tripla forma: a mora, o não cumprimento definitivo ou a falta de cumprimento (denominado inadimplemento) e o cumprimento defeituoso”*²⁴⁰.

Se, em termos amplos, o inadimplemento indica a ausência da prestação devida por força de vínculo obrigacional, em termos mais restritos, deve-se distinguir o inadimplemento absoluto (total e parcial) do inadimplemento relativo ou mora, além do inadimplemento ruim e antecipado. É o que se passa a abordar.

Antes, porém, uma última nota a respeito do inadimplemento como requisito para a oposição da exceção e voga. Não se exige aqui a imputabilidade da falta ao inadimplente, nem mesmo a culpa deste. A exceção de contrato não cumprido não é uma sanção, mas sim uma reação objetiva, decorrente do princípio da equidade e do sinalagma, que visa a proteger o equilíbrio estabelecido pelas partes e a tutelar os interesses do contratante não inadimplente contra as consequências da ruptura desse equilíbrio.

Nesse sentido, é curial a lição de Renan Lotufo²⁴¹:

“... ao se falar de inadimplemento, comumente se enfatiza o seu aspecto subjetivo, ou seja, o referido à culpa do devedor em face da

²³⁹ Lotufo, *op. cit.*, p. 427.

²⁴⁰ Rocha, Silvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de direito civil: contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 3, p. 113.

²⁴¹ Lotufo, *op. cit.*, p. 425.

obrigação que lhe incumbe. No entanto, o inadimplemento serve também para designar a situação objetiva, que se especifica na falta de satisfação do interesse do credor, prescindindo do comportamento culposo do devedor.”

Não visando a exceção de contrato não cumprido à punição do contratante inadimplente, mas apenas e tão-somente instá-lo ao cumprimento, evitando a ruptura do equilíbrio contratual, não faria sentido a exigência do elemento subjetivo do contratante inadimplente (excepto). Mais uma vez, cabem as palavras de Renan Lotufo²⁴²:

“A tradicional afirmação, que funda sobre a culpa do devedor todos os remédios postos à disposição do credor, deve, por isso, ser revista: pois, de outra parte – especialmente nos contratos sinalagmáticos (com prestações respectivas) –, o interesse do credor merece proteção segura e adequada, inclusive nas hipóteses em que o adimplemento foi impedido por causas estranhas à ‘imputabilidade’ do devedor.”

A esse respeito, basta lembrar que, ainda no caso de inadimplemento inimputável ao devedor, por exemplo, por impossibilidade superveniente, o recebimento da contraprestação ainda possível configurará enriquecimento sem causa. Portanto, essa situação desafia a exceção de contrato não cumprido.

5.3.1.1. INADIMPLENTO ABSOLUTO. TOTAL E PARCIAL

²⁴² *Idem, ibidem*, p. 425-426. No mesmo sentido, João Calvão da Silva afirma que “na base da exceptio non adimplenti contractus – aplicação dos velhos brocardos <<inadimplenti non est adimplendum>> e <<non servanti findem non est fides servanda>> está a idéia da relação sinalagmática, rectius, do sinalagma funcional, que a justifica e delimita o seu campo de aplicação. (...) Pouco importa, por conseguinte, que o devedor não cumpra a sua obrigação por não querer e estar de má-fé ou por não poder em virtude, por exemplo, de se encontrar em estado de impotência económica, porquanto aquilo que legitima a exceptio non adimplenti contractus é a ausência de correspondência ou de reciprocidade que está na origem das obrigações (sinalagma genético) e que deve continuar a estar presente no seu cumprimento (sinalagma funcional).” (op. cit., p. 330).

Caracteriza-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-lo, por não mais subsistir para o credor a possibilidade ou o interesse no seu recebimento²⁴³.

Convém notar a ausência de remissão isolada à possibilidade da prestação pelo devedor. Isto ocorre uma vez que, mesmo ainda sendo possível ao devedor prestar, se tal prestação não mais for do interesse do credor, haverá inadimplemento absoluto, dada a sua inutilidade para credor²⁴⁴.

Comentando o artigo 389 do Código Civil²⁴⁵, Renan Lotufo²⁴⁶ destaca com acerto:

“O inadimplemento absoluto, sobre o qual discorre o artigo ora comentado, dá-se quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo de forma útil ao credor. Ressalte-se que a possibilidade de cumprimento pode existir, mas se este não for mais de utilidade ao credor, haverá inadimplemento absoluto.”

Em razão dessa característica, a prestação não adimplida que, de início, configure mora, pode transformar-se abruptamente em inadimplemento absoluto, em face de um evento que impossibilitou o credor (ainda que por inutilidade) de receber a prestação²⁴⁷.

²⁴³ Alvim, *op. cit.*, p. 25.

²⁴⁴ Deve-se destacar, no entanto, que essa referência não pode ser considerada autorização para o arbítrio por parte do credor. Como todo direito, o de recusar a prestação, por inutilidade, deve ser exercido nos limites da boa-fé objetiva e da função social e econômica do negócio que o fundamenta. Do contrário, haverá ilicitude caracterizada pelo abuso de direito, conforme o disposto no artigo 187, do Código Civil.

²⁴⁵ “Artigo 389 Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

²⁴⁶ Lotufo, *op. cit.*, p. 427.

²⁴⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 428.

Levando-se em conta as proporções do inadimplemento frente ao objeto da prestação, ele poderá ser total quando atingir a totalidade de tal objeto, ou parcial, quando apenas parte deste for atingida²⁴⁸.

Como exemplo de inadimplemento absoluto, pode-se citar o perecimento da coisa que o devedor deveria entregar ao credor. Dá-se, outrossim, o inadimplemento absoluto parcial quando, no exemplo acima, a prestação tiver por objeto várias coisas, e perecido apenas algumas delas, podendo as outras ser entregues normalmente.

Serpa Lopes entende claramente ser cabível a exceção de contrato não cumprido ante qualquer espécie de inadimplemento, seja relativo seja absoluto, total ou parcial²⁴⁹.

No entanto, deve-se considerar o efeito meramente dilatório próprio da exceção de contrato não cumprido. Considerando tal efeito, qual seria a utilidade da oposição da exceção, já que a contraprestação atingida pelo inadimplemento absoluto, por definição, nunca poderia ser realizada? Até quando duraria o efeito dilatório atribuído à exceção sob enfoque?

Ressalvada a hipótese do cumprimento insatisfatório, que será objeto de tópico específico, a questão proposta carece de efeito prático relevante. Parece suficiente dizer que, nestes casos, a exceção de contrato não cumprido atuará menos como exceção propriamente dita e mais como pórtico de entrada do pedido resolutório.

²⁴⁸ Alvim, *op. cit.*, p. 25; Lotufo, *op. cit.*, p. 427-428. Não se confundem mora e inadimplemento absoluto parcial, uma vez que, naquela, subsiste a possibilidade de recebimento da prestação pelo credor e, neste, a parte comprometida não poderá mais ser recebida pelo credor.

²⁴⁹ Lopes, *op. cit.*, p. 284.

5.3.1.2. INADIMPLEMENTO RELATIVO. MORA

Tema muito mais complexo, no entanto, é a mora ou inadimplemento relativo, dotado de um sem número de questões penosas e delicadas, conforme lembra Agostinho Alvim²⁵⁰, inclusive no campo da exceção de contrato não cumprido. É nesse âmbito, mais espinhoso, que a exceção ora tratada revela-se em toda a sua complexidade. Como visto, quando enseja a oposição da exceção de contrato não cumprido, o inadimplemento absoluto o faz como intróito da resolução, não no seu pleno vigor dilatatório.

Está claro que, se não for possível ao contratante “credor” receber a prestação, certamente não terá sentido para ele a oposição da exceção de contrato não cumprido, senão para dilatar a exigibilidade da contraprestação até a resolução do vínculo contratual, motivado quer pelo inadimplemento, quer pela impossibilidade da prestação.

Da mesma forma e pelos mesmos motivos, ao contratante que recebeu a prestação, ainda que serodiantemente, não mais assiste o direito de opor a exceção de contrato não cumprido, já que é impossível cumprir a sua função preventiva de tutelar os interesses do contratante não inadimplente. Portanto, a exceção de contrato não cumprido estará mergulhada num contexto diverso, servindo de mera defesa de mérito ao pleito resolutório, sem o intuito de preservar o vínculo.

Essa situação, é claro, transforma-se quando se pensa na mora. Persistindo a possibilidade da prestação e o interesse do contratante “credor” no seu recebimento, terá ele interesse prático e legitimidade para,

²⁵⁰ Alvim, *op. cit.*, p. 19.

demandado pelo cumprimento pelo contratante “devedor”, opor a exceção de contrato não cumprido na sua maior extensão: como meio de dilação da exigibilidade da contraprestação e de coerção passiva ao cumprimento desta. Daí ser o campo da mora o espaço mais fértil para o estudo da exceção de contrato não cumprido.

Na lição de Agostinho Alvim, mora seria o não pagamento culposo, bem como a recusa de receber no tempo, lugar e forma devidos²⁵¹. Em complementação, deve-se dizer, com base nas lições de Renan Lotufo, que mora do credor caracteriza-se pela subsistência da possibilidade, e/ou interesse do credor, em receber a prestação não cumprida no tempo, forma ou lugar devidos²⁵². Nos termos do artigo 395 do Código Civil,

“Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

Como se pode perceber, no ordenamento jurídico brasileiro, a mora não se limita ao aspecto temporal que marcou o instituto na sua origem romana. Lembra Agostinho Alvim²⁵³ o conceito dos *antigos práticos* que definiam mora como o “*retardamento culposo no pagar o que se deve, ou no receber o que nos é devido: Mora est dilatio culpa non carens debiti solvendi, vel credito accipiendi...*”.

Percebe-se, de pronto, uma latitude maior no conceito de mora consagrado pelo Direito positivo brasileiro: abrange a irregularidade não

²⁵¹ Alvim, *op. cit.*, p. 30.

²⁵² Lotufo, *op. cit.*, p. 428. Nas palavras do autor: “Por outro lado, ocorrerá mora quando houver o cumprimento da obrigação, porém não no lugar, tempo ou forma convencionados, modalidade de inadimplemento disciplinada pelo Código a partir do art. 393. (...) Desta forma, podemos concluir que o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de receber e que a mora é a persistência dessa possibilidade”.

²⁵³ Alvim, *op. cit.*, p. 28.

só devido ao tempo, como também porque não ocorreu no lugar e na forma estipulados legal ou convencionalmente.

Conforme se destacou, com base nas lições de Renan Lotufo e João Calvão da Silva, muito embora a culpa seja, via de regra, elementar ao conceito jurídico de mora, não o é para efeitos da legitimação da oposição da exceção de contrato não cumprido. Aqui, afigura-se absolutamente irrelevante a culpabilidade ou a imputabilidade do inadimplemento relativo ou mora ao contratante excepto.

Tal distinção encontra fundamento no fato de, ao se falar em mora, aludir-se geralmente à mora do devedor²⁵⁴, mais complexa e comum. Por isso, considera-se justamente as consequências sancionadoras decorrentes do inadimplemento, como o pagamento de juros de mora.

Contudo, conforme já abordado, a exceção de contrato não cumprido não pode ser encarada como forma de sanção dirigida ao contratante inadimplente. Ela visa apenas a preservar objetivamente o equilíbrio contratual prestigiado pelas partes e evitar o enriquecimento sem causa do contratante que ainda não cumpriu a obrigação assumida e, ainda assim, demanda o co-contratante pelo cumprimento da contraprestação. Essa injustiça, que se pretende evitar, ocorrerá quando houver o incumprimento pelo excepto, quer este lhe seja ou não imputável.

Resta ainda uma indagação central: como se configura a mora nos contratos sinalagmáticos (nos quais, convém lembrar, as partes são reciprocamente credor e devedor), em que se constata a impossibilidade da

²⁵⁴ Há controvérsias a respeito da culpa como elemento da mora, especialmente quanto à mora do credor. A doutrina brasileira majoritária considera a suficiência dos requisitos objetivos para configurar essa espécie de mora, conforme notam Agostinho Alvim (*op. cit.*, p. 30) e Renan Lotufo (*op. cit.*, p. 441).

coexistência da mora do credor com a do devedor? Há duas opiniões divergentes, embora, como se apurará ao final, ambas tendam ao mesmo resultado prático.

Pontes de Miranda sustenta a inaptidão de qualquer exceção para a desoneração do excipiente dos efeitos da mora, nessa situação. E, em se tratando da exceção de contrato não cumprido, essa situação de mora, ao menos quanto aos requisitos objetivos, sempre existirá. De fato, é imperativo que o excipiente, alegando o inadimplemento do outro contratante, tampouco tenha cumprido a obrigação a seu cargo. Trata-se, assim, de hipótese de dupla inadimplência de devedores recíprocos e não de confronto entre mora do credor e mora do devedor. Em abono de seu entendimento, o inigualável jurista escreve²⁵⁵:

“O princípio da co-pontualidade só lhe daria exceção; cada um incorre em mora segundo os princípios, e o art. 1.092, 1ª alínea, de modo nenhum se pode ter como impeditivo da mora; se o credor-devedor incorreu em mora e o devedor cobrado também, a exceção non adimpleti contractus apenas dilata a entrega pelo devedor cobrado sem o excluir das conseqüências da sua; se só o devedor cobrado incorre em mora, a exceção dilatória não exclui as conseqüências de sua mora. A exceção admitida atua ex tunc.”

E, mais adiante, aprofunda o seu raciocínio:

“A antinomia está em que a exceção opera por existir e desde que existe (ex tunc, portanto), se é oposta, fato de alegação que é necessariamente posterior. Se, em contrato sinalagmático, um dos contraentes está em atraso de prestar, o outro não fica, em virtude da oponibilidade da exceção, eficazmente desobrigado à sua prestação. Obrigado está, se a dívida é vencida; mas a exceção, a sua eficácia encobre, desde antes (ex tunc), a eficácia de direito de crédito contra o excipiente. Se, havendo a exceção, embora não oposta, um dos contraentes falta, mora não há por parte do que ‘faltou’ em segundo lugar. (...) Ora, a exceção non adimpleti contractus, ao ser exercida a pretensão que não dependia de interpelação, pode ser exercida, e

²⁵⁵ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 27-28.

encobre a eficácia da pretensão, desde que existe, de modo a ter-se a essa como encoberta, ex tunc, em sua eficácia. Tal é o fato em sua estrutura simples.^{256,,}

A posição de Pontes de Miranda²⁵⁷ é, de fato, um tanto confusa, pois aduz, a um tempo, que o

“devedor que deixou de prestar no termo (art. 960, 1.^a alínea), ou executou o ato de que se devia abster (art. 960, 2.^a alínea), incorreu em mora, ainda que tivesse tido direito de exceção anterior.”

Em seguida, no entanto, afirma também que

“havendo a exceção, embora não oposta, um dos contratantes falta, mora não há por parte do que ‘faltou’ em segundo lugar. Juridicamente, e por força do art. 1.092, 1.^a alínea, não faltou: ao lado da exceptio non adimpleti contractus está, no art. 1.092, 1.^a parte, o ‘efeito’ da exceção, como exceção dilatatória, de excluir a mora.^{258,,}

Por sua vez, Serpa Lopes bate-se pela impossibilidade de configuração da mora do contratante excipiente, uma vez que, nos termos do artigo 963 do Código Civil de 1916²⁵⁹, quedaria afastada toda e qualquer incidência de mora, quanto ao excipiente, na hipótese de o seu retardamento decorrer exclusivamente do exercício da exceção de contrato não cumprido²⁶⁰.

Acrescenta que, na hipótese da dupla inadimplência ora analisada, o retardamento patrocinado pelo excipiente encontraria fundamento

²⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 29.

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 28.

²⁵⁸ *Idem, ibidem, op. cit.*, p. 29.

²⁵⁹ “Artigo 963 – Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.” Equivalente ao artigo 396 do Código Civil.

²⁶⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 290. A mesma opinião parece ser endossada por Hector Massnata que, na Argentina, escreveu: “El oponente no incurre en mora, ya que a tenor del art. 510, C.C., la misma no promedia si el outro obligado no cumple o se allana a cumplir, pero se produce uma situación intermédia entre la exigibilidad de las recíprocas obligaciones y su cumplimiento ulterior, que podría plantear algunas cuestiones.” (*op. cit.*, p. 90). Também na doutrina argentina, José María Gastaldi e Esteban Centanaro entendem não haver mora do excipiente (*op. cit.*, p. 119).

jurídico no princípio *inadimplenti non est adimplendum* e, portanto, no artigo 1.092 do Código Civil de 1916²⁶¹. Assim, este retardamento não poderia ser cunhado de ilícito e, como tal, tampouco poderia configurar mora.

A aparente contradição na lição de Pontes de Miranda parece insolúvel, como pareceu também a Serpa Lopes²⁶², a menos que se entenda a lição do mestre em referência aos efeitos práticos (no sentido de eficácia) da mora. No caso da exceção de contrato não cumprido, o contratante que teria faltado “em segundo lugar”, apesar de haver incorrido em mora, não sofreria os efeitos desta, considerando a eficácia *ex tunc* inerente ao acolhimento da dita exceção, eficácia esta que o próprio jurista lhe atribui em diversas passagens do texto²⁶³.

Tal releitura da obra de Pontes de Miranda resolve a questão da interpretação de seu entendimento e da coerência com a sua doutrina do *encobrimento da eficácia* gerada pela oposição da exceção. Por outro lado, não soluciona adequadamente a objeção de Serpa Lopes de que a presença do elemento subjetivo constitui requisito de mora. Para o autor, a configuração da mora exige o não cumprimento culposos por parte do devedor²⁶⁴. Em se tratando da exceção de contrato não cumprido, e sendo este o único e real motivo da inadimplência, a conduta “faltosa” do excipiente encontraria justo e jurídico motivo²⁶⁵.

Para tentar refutar esse argumento, também deduzido por Enneccerus e Lehmann, Pontes de Miranda afirma não ser esse o alcance real do

²⁶¹ Equivalente ao artigo 476 do Código Civil.

²⁶² Lopes, *op. cit.*, p. 289.

²⁶³ *Idem, ibidem*, p. 28-29.

²⁶⁴ Conforme artigo 396, do Código Civil de 2002. *Verbis*: “Artigo 396 – Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. Equivalente ao artigo 963, do Código Civil de 1916.

²⁶⁵ *Op. cit.*, p. 290.

artigo 396 do Código Civil²⁶⁶. O autor entende que, segundo a regra do aludido dispositivo, o devedor não responde apenas quando a causa do atraso lhe for inteiramente estranha. Não que o devedor só seria incurso em mora se a culpa lhe coubesse²⁶⁷.

Adota-se, contudo, o posicionamento de Serpa Lopes, pois todo o ordenamento privado pátrio orienta-se no sentido de, ordinariamente, exigir o elemento subjetivo para imputar ao agente os efeitos sancionatórios previstos em lei ou em convenção²⁶⁸.

Faz-se, no entanto, apenas um esclarecimento: não existe, aqui, nenhuma contradição com a afirmação de que o inadimplemento, enquanto requisito da exceção de contrato não cumprido, dispensaria o elemento subjetivo. O que se sustenta é que a mora não se configura quando o não cumprimento tiver justo motivo, isto é, a mora daquele que deveria cumprir em primeiro lugar. Esta análise é puramente objetiva: não houve mora por haver sido dilatado o termo final da obrigação do excipiente, em virtude da mora do excepto.

Essa é, inclusive, a orientação dos ordenamentos argentino e chileno, cujos artigos 510²⁶⁹ e 1.552²⁷⁰, respectivamente, expressam claramente não incorrer em mora o contratante que deixar de cumprir, devido ao inadimplemento alheio, no âmbito dos contratos bilaterais.

²⁶⁶ Embora aluda o autor ao artigo 963 do Código Civil de 1916, o artigo 396 reprisou o referido texto em sua integralidade.

²⁶⁷ “Tratado...”v, VI, *cit.*, p. 29.

²⁶⁸ Ao menos quando se tem em mira os contratos paritários, não se tratando de relações de consumo nem de contratos de adesão, em que tal princípio sofre crescente mitigação.

²⁶⁹ “Art. 510 – En las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva.”

²⁷⁰ “Art. 1.552 – En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Ainda que se trabalhe com o conceito puro e técnico de imputabilidade, não se pode ignorar o fato de, não tendo o excipiente prestado única e exclusivamente em razão e por causa da inadimplência do excepto, não haverá conduta “faltosa” do excipiente, mas sim, do excepto.

5.3.1.3. INFLUÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA MORA. TAMBÉM O ADIMPLEMENTO RUIM

Conforme visto acima, a mora esteve historicamente ligada ao fator temporal, sendo identificada pelos romanos como o retardamento culposo no cumprimento da obrigação, ou o seu não recebimento no tempo devido, pelo credor.

A esse respeito, Agostinho Alvim destaca o desajuste entre o conceito romano²⁷¹ e aquele adotado pela legislação brasileira (embora se referindo ao Código de 1916, a lição permanece atual, em relação ao Código Civil), devido à maior amplitude do conceito da mora no ordenamento pátrio.

Segundo o saudoso professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ao passo que o conceito clássico consideraria apenas o retardamento (*dilatatio*), o conceito atual envolve qualquer inconformidade quanto ao tempo, lugar e forma convencionados²⁷².

Essa noção de mora como mero retardamento imputável permaneceu arraigada na doutrina européia, conforme se colhe das lições, na

²⁷¹ Mora seria “o retardamento culposo no pagar o que se deve, ou no receber o que nos é devido: *Mora est dilatatio culpa non carens debiti solvendi, vel credito accipiendi...*” (op. cit., p. 28).

²⁷² Alvim, op. cit., p. 28

Itália, de Andréa Torrente e Piero Schlesinger²⁷³; na Espanha, de Luiz Diez-Picazo e Antonio Gullon²⁷⁴; em Portugal, de Inocêncio Galvão Telles²⁷⁵; na França, de François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette²⁷⁶; e na Alemanha, de Enneccerus²⁷⁷. Da Europa, essa disciplina restritiva passou também ao ordenamento argentino, conforme disposição do artigo 509 do Código Vélez Sársfield²⁷⁸.

Esta limitação conceitual levou os doutrinadores europeus a recorrerem a figuras alternativas para trazer ao campo da relevância jurídica a violação ou a inobservância de deveres conexos à obrigação principal que, a rigor, estaria excluída do campo de atuação da mora, como disciplinada no Velho Continente.

²⁷³ “Il ritardo, o inadempimento relativo, si chiama anche mora (del debitore). La mora debendi pressupone, come si è già detto, la imputabilità del ritardo al debitore...” (Torrente, Andréa e Schlesinger, Piero. *Manuale di diritto privato*. 15. ed. Milão: Giuffrè, 1997, p. 428.

²⁷⁴ “Por tanto, hay que conectar la mora con la idea de tiempo en que la prestación ha de cumplirse. Si llegado el mismo el deudor no cumple, no hay duda de que infringe, por ese mero retardo, su deber jurídico, pero no surge la mora. Mora y retardo son conceptos que no coinciden automáticamente, y por eso se ha dicho que la mora es un retardo cualificado.” (Diez-Picazo, Luiz e Gullon, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1976, v. II, p. 155). O Código Civil espanhol dispõe a respeito da mora com as seguintes palavras: “Artículo 1.100 – Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

²⁷⁵ “O retardamento da prestação, que é simples incumprimento temporário, pode apresentar-se sob uma das seguintes modalidades: morado do devedor; mora do credor; retardamento casual.” (Telles, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 300). O Código Civil português estabelece em seu artigo 804: “1. A simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor.

2. O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido.”

²⁷⁶ “Dans le langage commun, la mise en demeure exprime l'idée desomation solennelle d'accomplir un acte ou d'exécuter une prestation. Sans être inexacte, cette perception de la mise en demeure rend compte seulement, en réalité, de son effet. Stricto sensu et conformément à son étymologie (mora: le retard), la mise en demeure n'est que la constatation du retard, c'est-à-dire du défaut du débiteur.” (op. cit., p. 800-801).

²⁷⁷ “Mora del deudor es el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél.” (Ennecerus, op. cit., p. 257).

²⁷⁸ “Artículo 509 – En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.

Si no hubiere plazo, el juez, a pedido de la parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable.”

A violação positiva do crédito, expressão cunhada por Staub, representou uma das ferramentas utilizadas pela doutrina européia para estender as consequências da inexecução das obrigações aos casos de incumprimento de deveres laterais ou conexos, justamente para tentar preencher esta “lacuna”. Enneccerus²⁷⁹, abordando o tema, anota:

“Al parecer, los autores del C.c. han creído que, mediante las disposiciones sobre la imposibilidad subsiguiente de la prestación y sobre la mora, han regulado todas las violaciones culposas de los derechos de crédito. Pero esta suposición no es exacta, pues existen numerosas violaciones del crédito que no operan ni la imposibilidad de la prestación, ni un retraso de la misma y, además, otras que, si bien tienen una consecuencia semejante, contienen también, junto a esta ‘violación negativa’, un ataque positivo al crédito.

(...)

El reconocer que en estos casos el daño es la consecuencia de un hecho positivo impulsó a Staub a forjar el concepto de la ‘violación positiva del contrato’ y a incluir en él también aquellos casos en que el deudor obra en contra de un deber de omisión independiente.”

Apesar das críticas apontadas por Enneccerus à formulação de Staub, reconhece a sua utilidade e cita diversos exemplos de violações positivas ao direito de crédito, como a violação do dever de lealdade existente nas relações contratuais de trato sucessivo, a declaração antecipada da intenção do devedor de não cumprir a sua obrigação etc.²⁸⁰.

Uma das formas de manifestação da violação positiva do crédito, e talvez a principal, consistiria na violação de deveres anexos à prestação principal, embora esta tivesse sido em essência prestada. Dessa violação decorreriam consequências, especialmente danos, diferentes das consequências resultantes do simples inadimplemento.

²⁷⁹ Enneccerus, *op. cit.*, p. 278-279.

²⁸⁰ Enneccerus critica a formulação de Staub por entendê-la, de um lado, muito estreita, ao excluir as obrigações derivadas diretamente da lei, incluindo apenas aquelas voluntárias e, por outro lado, muito ampla, ao incluir também os atos contra deveres de omissão dotados de substantividade própria, aos quais seriam perfeitamente aplicáveis as regras sobre a impossibilidade (*op. cit.*, p. 279-280).

Enneccerus cita o exemplo, bastante elucidativo, da entrega culposa de animais enfermos, cuja doença contagia os outros animais que compartilham o mesmo espaço físico. Não há dúvida de que, do inadimplemento absoluto da entrega dos animais, e de tal entrega ter sido insatisfatória devido ao contágio de animais sadios, decorrem conseqüências nitidamente distintas, embora em ambos os casos o credor tenha sido prejudicado²⁸¹.

Essa particular situação de descumprimento de deveres anexos, mesmo diante do aparente cumprimento da prestação principal, foi identificada, pela doutrina brasileira, como adimplemento “ruim”, “defeituoso” ou “insatisfatório”²⁸².

Conforme a sempre segura lição de Araken de Assis, o adimplemento ruim não se caracteriza pela identidade ou quantidade da prestação, já que, se assim fosse, haveria inadimplemento, total ou parcial, dependendo da situação concreta²⁸³. Pelo contrário, tal espécie distingue-se porque existe a prestação, embora não no tempo, forma ou lugar devidos²⁸⁴. Daí a sua umbilical e inseparável relação com a mora, da qual configura mera manifestação, nos moldes do ordenamento brasileiro.

Nas aulas de Contratos no Novo Código Civil, do curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o Professor Renan Lotufo cita outro exemplo de adimplemento ruim. Lembra o festejado professor do dentista que, podendo anestesiá-lo, não o faz, ministrando-lhe tratamento sabidamente dolorido sem qualquer justificativa fisiológica, isto é,

²⁸¹ Enneccerus, *op. cit.*, p. 278.

²⁸² Assis, *op. cit.*, p. 125-126.

²⁸³ *Idem, ibidem*, p. 126.

²⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 126.

sem que algum eventual efeito colateral ou danoso contra-indicasse o emprego da anestesia.

Paralelamente, desenvolveu-se a teoria da boa-fé objetiva, também na Alemanha, a partir do § 242 do BGB, segundo o qual “*o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, com referência aos usos do tráfico*”²⁸⁵. A partir daí, o inigualável gênio germânico deu asas ao pleno desenvolvimento da teoria da boa-fé objetiva e da correlata confiança.

Parte-se, para tanto, da superação da idéia simplificada da obrigação como vínculo jurídico transitório que liga o devedor ao credor, segundo o qual o primeiro obriga-se a cumprir uma prestação (de dar, fazer ou não fazer), sob pena de ensejar, por parte do credor, as conseqüências previstas pelas partes e/ou pela legislação.

Assim, a obrigação constitui uma relação jurídica complexa, ou até mesmo uma situação jurídica relacional, como prefere a Professora Rosa Nery²⁸⁶, maior do que a mera oposição entre credor e devedor, e seus elementos estruturais. Tem uma estrutura articulada sobre uma dinâmica própria em relação à colaboração intersubjetiva, que visa a atender a finalidade da obrigação. O fim deste complexo está no adimplemento, do qual deve resultar a satisfação do interesse do credor, sempre que a prestação for possível e o interesse por trás dela, digno de tutela.

A obrigação, pois, não se esgota na mera prestação de dar, fazer ou não fazer. Ao lado de tal prestação, outros inúmeros deveres surgem e

²⁸⁵ Noronha, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 126.

²⁸⁶ *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural)*. Tese de livre-docência. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004, p. 207).

precisam ser observados pelas partes. Estes deveres, chamados colaterais, conexos e até mesmo secundários, muitas vezes não estão previstos expressamente na legislação, nem mesmo nos instrumentos avençados pelas partes. Decorrem diretamente da cláusula geral da boa-fé objetiva e o seu descumprimento implica violação de um dever legal.

Assim, uma das funções da teoria da boa-fé objetiva consistiu justamente em desenvolver e identificar deveres colaterais, acessórios ou anexos à obrigação principal, os quais devem ser obedecidos pelas partes independentemente de previsão explícita. Trata-se de regra ética de conduta, cujo objetivo consiste em socializar a atuação das partes no cumprimento das obrigações contraídas.

No Brasil, como já abordado anteriormente, a disciplina legislativa da mora não ensejou tais discussões. Nos termos do já citado artigo 394 do Código Civil, repetindo nesse tocante a regra do artigo 955 do Código Civil de 1916, o devedor estará em mora não só quando atrasar o cumprimento da obrigação, mas também quando o pagamento estiver em desarmonia com o local e a forma previstos na lei ou no contrato.

Se, de acordo com a boa-fé objetiva, consagrada no Brasil pelos artigos 113²⁸⁷ e 422²⁸⁸ do Código Civil, o vínculo obrigacional traz consigo uma plêiade de deveres anexos ou colaterais, ligados de alguma forma à obrigação principal, o descumprimento desses poderá, perfeitamente, configurar a irregularidade caracterizadora da mora (inadimplemento relativo), ou até

²⁸⁷ “Artigo 113 – Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

²⁸⁸ “Artigo 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

mesmo do inadimplemento absoluto. Daí a relação umbilical da boa-fé objetiva com o adimplemento ruim.

A profunda reforma realizada em 2002 no BGB teve entre os seus objetivos ampliar os estreitos limites da mora para, finalmente, aplacar as lacunas apontadas por Enneccerus, evitando a necessidade de recorrer aos instrumentos acima descritos. Com isso, indubitavelmente, ganhou-se em segurança e clareza jurídica.

Assim, os termos do § 280 do BGB foram alterados com a finalidade de constar, da aludida regra, a relevância jurídica do não cumprimento dos deveres existentes na situação jurídica relacional que é a obrigação, abandonando a noção claustrofóbica de mora como não pagamento (culposo) ou não recebimento da prestação, no tempo devido.

Ao fim e ao cabo de tudo o quanto foi exposto, conclui-se que a disciplina do Código Civil, ao privilegiar a idéia de mora como não pagamento ou não recebimento da prestação no tempo, forma ou lugar convencionados ou fixados em lei, bem como a boa-fé objetiva, inclusive na sua função integrativa, oferece campo fértil para o florescimento da idéia ampla de mora, desprendida da noção meramente temporal. E, como tal, esta forma de inadimplemento já enseja, por si só, a oposição da exceção em exame²⁸⁹.

5.3.1.4. INADIMPLEMENTO ANTECIPADO

²⁸⁹ Ressalta-se, contudo, a necessidade de o inadimplemento dos deveres anexos estar fortemente ligada à prestação principal, de modo que o seu não cumprimento gere perturbações relevantes na prestação, na dinâmica mesma da obrigação e, em se tratando de relações contratuais bilaterais, como aqui interessa, também o equilíbrio contratual no qual se traduz o sinalagma. Embora o ordenamento possa mostrar-se mais exigente com esse requisito, no caso de resolução contratual, também na exceção de contrato não cumprido a exigência ocorre. Essa questão será retomada por ocasião do estudo da relevância e proporcionalidade do inadimplemento.

Via de regra, o devedor não pode ser considerado incurso em mora antes da superveniência do termo eventualmente convencionado ou decorrente da lei ou da natureza da obrigação. Não havendo mora, a consequência lógica seria a inexistência de inadimplemento, dada a relação de espécie e gênero entre os dois institutos.

Questão relevante para efeito da configuração do inadimplemento configura a definição do real alcance da afirmação acima. Deve-se manter, artificialmente, a expectativa do credor da obrigação, considerando a existência de termo, por exemplo, quando o devedor já anunciou, expressa ou tacitamente, (agindo de maneira absolutamente incongruente com o intuito de cumprir) a sua intenção de descumprir a obrigação que sobre ele pesa?

Eis o ponto nevrálgico da discussão a respeito do inadimplemento antecipado. Na síntese feliz de Serpa Lopes, cuida-se de saber se a declaração da vontade de não adimplir importa um verdadeiro inadimplemento²⁹⁰.

Conforme lembra Serpa Lopes, o Direito brasileiro não está dotado de dispositivo expresso ou passível de utilização analógica para auxiliar o intérprete na sua tarefa árdua de encontrar uma solução²⁹¹, ao mesmo tempo lícita e equitativa. No entanto, o autor sustenta a aceitação dessa teoria pelo ordenamento pátrio pois, se bem não há previsão legal expressa, tampouco existe vedação explícita ou estrutural. Aduz, ainda, tratar-se de uma situação nas quais cabe ao intérprete não violar a lei, mas lançar luzes nas penumbras existentes nos *livres espaços da lei*²⁹².

²⁹⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 291.

²⁹¹ Lopes, *op. cit.*, p. 293.

²⁹² *Idem, ibidem*, p. 294. No mesmo sentido, Venosa, *op. cit.*, p. 507-508.

Araken de Assis, outro partidário da aceitação da doutrina do inadimplemento antecipado no Brasil, lembra o risco da ocorrência de tal fenômeno, devido à crescente complexidade das relações sociais, que se reflete diretamente nos atos e procedimentos necessários ao adimplemento das obrigações²⁹³.

Afirma, na seqüência, a possibilidade de, nesse contexto, o devedor declarar que não quer ou não pode cumprir a obrigação assumida. No entanto, para caracterizar o inadimplemento antecipado, é necessário: uma época propícia para o cumprimento, a declaração de vontade do devedor e a omissão de atividade causal concernente ao futuro (motivo pelo qual rejeita a tese do inadimplemento antecipado nas obrigações de cumprimento instantâneo)²⁹⁴.

As objeções mais sérias a esse entendimento consistiriam: (i) na ausência de fundamento legal; (ii) no risco de efeitos negativos, em vista de um mal entendido quanto a uma dada atitude ou declaração do devedor; (iii) no princípio geral do artigo 134 do Código Civil, que consagra a inexigibilidade da prestação, objeto da obrigação, antes do advento do termo inicial; e (iv) nos dispositivos legais específicos, que vedariam a cobrança de dívidas antes do respectivo vencimento.

Quanto ao primeiro, vale a reprimenda de Serpa Lopes, para quem a ausência de um fundamento legal expresso não desautoriza a conclusão, pois tampouco se adivinharia a repulsa do ordenamento. Ademais, existem diversos fundamentos jurídicos para sustentar tal conclusão, como o princípio do equilíbrio das relações contratuais, a equidade, a necessidade de tutela da

²⁹³ Assis, *op. cit.*, p. 106.

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 106-107.

confiança e dos interesses do credor, visando a minimizar seus prejuízos e os dissabores advindos do inadimplemento, justamente o alvo de todos os remédios sinalagmáticos (ação de resolução, exceção de contrato não cumprido etc.).

Quanto ao segundo argumento, refuta-o também Serpa Lopes, esclarecendo que, para a segurança do tráfico jurídico, não seria qualquer manifestação de vontade ou atitude do devedor apta a configurar o inadimplemento antecipado²⁹⁵. Pelo contrário, seria necessário examinar as situações concretas com parcimônia, à luz dos padrões socialmente aceitáveis e disseminados. Em suma, trata-se verdadeiramente de uma questão de bom senso (jurídico e social).

A terceira objeção também encontra resposta à altura. Reconhece-se a vigência a regra do artigo 134 do Código Civil, segundo a qual os negócios jurídicos entre vivos não podem ser exigidos antes do advento do tempo. Porém, não se pode descuidar de interpretar tal dispositivo à luz daquele precedente, o artigo 133 do mesmo diploma, que disciplina a presunção de prazo estipulado em benefício do devedor²⁹⁶.

Se de um lado se estabelece a inexigibilidade da obrigação antes do advento do termo (art. 134 do Código Civil), de outro, não se pode negar a finalidade de tal disposição: proteger o interesse do devedor, dado que o recebimento antecipado da prestação pode importar enriquecimento sem causa deste último (artigo 133 do Código Civil).

²⁹⁵ Lopes, *op. cit.*, p. 292.

²⁹⁶ “Artigo 133 – Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a estes, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.” Equivalente ao artigo 126 do Código Civil de 1916. A esse respeito, vide Lotufo, *op. cit.*, p. 371-372.

Assim, existindo a inexigibilidade decorrente do termo para benefício do devedor, nada impede que ele renuncie a tal benesse, seja mediante declaração expressa de vontade nesse sentido, seja mediante atitude capaz de transmitir o seu intento inequívoco de descumprir o avençado, por exemplo, tornando impossível a prestação.

Por fim, a quarta objeção também cai por terra. Os dispositivos como o artigo 939 do Código Civil²⁹⁷, que prevê sanções para os credores demandantes por dívidas não vencidas, incidem quando a atuação do contratante perde inteiramente o seu caráter preventivo e de proteção, para se tornar mero exercício de direito de crédito.

No entanto, na hipótese de oposição da exceção de contrato não cumprido, este elemento preventivo coloca-se como primordial na atuação do contratante inocente, pois pretende apenas evitar a demanda pelo cumprimento enquanto não receber, ou não tiver sido oferecida, a contraprestação.

Aliás, o seu caráter meramente dilatório já justificaria, por si só, a admissibilidade da oposição da exceção de contrato não cumprido, diante de uma situação de inadimplemento antecipado. Isto porque, neste caso, não se visaria à extinção do vínculo contratual, bastando ao demandante cumprir a sua prestação, ou oferecê-la em termos, para que a exceção perca toda a sua eficácia.

Considerando o que já foi aqui exposto, admitido o inadimplemento antecipado no ordenamento pátrio, deve-se aceitar que, inserido

²⁹⁷ “Artigo 939 – O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.” Equivalente ao artigo 1.530 do Código Civil de 1916.

este no contexto de um contrato bilateral, o contratante não inadimplente terá o direito de recusar a demanda pela prestação empreendida pelo contratante que declarou a intenção de não cumprir a sua obrigação.

Nesta situação, é possível opor-se exceção de contrato não cumprido desde que, naturalmente, exista objetivamente a situação ensejadora do inadimplemento antecipado, ou seja, uma conduta inequívoca do devedor ou uma declaração expressa de vontade, no sentido do inadimplemento da obrigação por ele assumida.

Não se está tratando de direitos indisponíveis, mas de meros interesses sujeitos à autonomia privada das partes. Daí ser perfeitamente tolerável, do ponto de vista do Direito das Obrigações, a renúncia ora propugnada. Além disso, esse mecanismo ajuda a atingir um dos objetivos maiores do Direito Privado, isto é, a tutela dos interesses do credor ante o inadimplemento (declarado) do devedor.

5.3.1.5. EXCEÇÃO DE CONTRATO CUMPRIDO INSATISFATORIAMENTE: *EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS*

Poder-se-ia indagar a razão do dispêndio de tantas páginas para abordar o inadimplemento relativo ou a mora, se a exceção ora analisada encontra cabimento quando o contratante que exige a contraprestação simplesmente ainda não cumpriu a sua obrigação.

A resposta não tarda a surgir: aos olhos da lei brasileira, inadimplemento e inadimplemento insatisfatório são, em grande medida,

equivalentes²⁹⁸, principalmente se se considerar que a mora pode tornar-se inadimplemento absoluto, e que o credor não pode ser obrigado a receber prestação diversa da contratada.

Desta forma, o ordenamento não poderia, simplesmente, não reagir imediatamente em socorro do contratante não inadimplemente, diante do inadimplemento insatisfatório do outro contratante.

Justamente nesse momento entra em cena a exceção de contrato não cumprido satisfatoriamente, ou *exceptio non rite adimpleti contractus*²⁹⁹, cujo estudo está intrinsecamente relacionado aos temas do inadimplemento, especialmente à mora e à boa-fé objetiva. Quanto a estes temas, remete-se o leitor à consulta dos tópicos específicos, nos quais foram abordadas as principais questões envolvidas.

Conforme destaca Pontes de Miranda, a exceção tem aplicação indistinta, quer seja quantitativa ou qualitativa a deficiência que marca o defeito da prestação objeto da obrigação adimplida apenas parcialmente. Ademais, para avaliar o cabimento da exceção, leva-se em conta não o equilíbrio objetivamente considerado, mas aquele estabelecido pelas partes quando da celebração do acordo³⁰⁰.

Daí aceitar-se a classificação de um contrato presumidamente dito bilateral imperfeito (ou não rigorosamente unilateral), em contrato bilateral ou sinalagmático estritamente considerado. Isto acontecerá se as partes, ao

²⁹⁸ Gomes, *op. cit.*, p. 92; Miranda, *op. cit.*, p. 146.

²⁹⁹ Lopes, *op. cit.*, p. 296-304; Miranda, *op. cit.*, p. 131-135; Diez-Picazo e Gullon, *op. cit.*, p. 124; Barassi, *op. cit.*, p. 430-431; Trabucchi, *op. cit.*, p. 686; Torrente e Schlesinger, *op. cit.*, p. 514-515; Telles, *op. cit.*, p. 453-454; Mazeaud et al, *op. cit.*, p. 376-377; Enneccerus, *op. cit.*, p. 166-167; Massnata, *op. cit.*, p. 83-86; Gomes, *op. cit.*, p. 72; Santos, *op. cit.*, p. 238-239; Mendonça, *op. cit.*, p. 451; Pereira, *op. cit.*, p. 160; Monteiro, *op. cit.*, p. 26-27; Diniz, *op. cit.*, p. 126; Catalan, *op. cit.*, p. 206; Gagliano e Pamplona Filho, *op. cit.*, p. 286.

³⁰⁰ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 131.

entabular o contrato, optarem por estabelecer o equilíbrio entre as prestações, seja estabelecendo de início uma remuneração para a prestação, seja incluindo os deveres anexos ou as obrigações eventualmente surgidas após a celebração, como a obrigação de reembolsar o depositário pelas defesas feitas com a conservação da coisa depositada.

Por ocasião do estudo específico da exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente, surgem pontos controvertidos que exigem algumas palavras.

O primeiro desses pontos diz respeito aos vícios redibitórios. A existência de vício redibitório, por exemplo, na coisa objeto de prestação de dar, ensejaria oposição de exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente?

A resposta deve ser afirmativa. Como lembra Serpa Lopes, a entrega da coisa viciada, de uma forma ou de outra, deve ser entendida como um cumprimento fora dos termos contratados e, como tal, configura inadimplemento apto a ensejar a oposição da exceção sob enfoque³⁰¹.

Não pareceria minimamente justo desamparar o contratante que, tendo recebido uma prestação viciada pelo redibitório, não pudesse interromper o cumprimento da contraprestação, sendo obrigado a recorrer apenas à via indenizatória ou à ação *quantum minoris*.

A segunda questão posta pela exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente consiste em saber se o contratante que aceitou a prestação, pode valer-se da exceção, quando instado a cumprir a contraprestação.

³⁰¹ Lopes, *op. cit.*, p. 298-299.

Parece que essa questão tem um forte elemento casuístico, devendo ser resolvida ao influxo do ônus da prova. O contratante que recebe, sem quaisquer ressalvas, a prestação supostamente defeituosa, cria contra si a presunção de regularidade do pagamento e, para contorná-la, deve demonstrar não ter assentido na execução parcial ou defeituosa.

Do contrário, pode-se entender que houve simples remissão ou, ainda, uma verdadeira alteração tácita nos termos do contrato, em virtude da conduta das partes³⁰². Da mesma forma que a posse do título pelo devedor induz presunção de quitação, também o recebimento da prestação implica presunção de regularidade do pagamento. De acordo com as regras de distribuição do ônus da prova, cabe ao excipiente, então, demonstrar a subsistência de sua exceção.

E, sendo devida a prestação em partes, o contratante que recebeu parte sem qualquer ressalva não poderá opor exceção de contrato não cumprido satisfatoriamente, no caso de falta na entrega das partes posteriores, salvo se, pelo contrato ou pelas circunstâncias do negócio, ficar provado que a prestação parcial não lhe serviria³⁰³.

Em síntese, a exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente apresenta-se como uma manifestação especial da exceção de contrato não cumprido³⁰⁴, cabível nos casos de adimplemento insatisfatório, inclusive quando se tratar de vícios redibitórios. No entanto, quando tiver recebido a prestação sem ressalvas, o excepto deve demonstrar a irregularidade do pagamento.

³⁰² É a solução adotada pelo artigo 363 do BGB, segundo o qual “*si el acreedor ha aceptado como pago una prestación a el ofrecida como tal pago, le incumbe la carga de la prueba si no quiere que la prestación valga como cumplimiento porque es distinta de la prestación debida o porque es incompleta*”.

³⁰³ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 132.

³⁰⁴ Lopes, *op. cit.*, p. 303; Torrente e Schlesinger, *op. cit.*, p. 514; Díez-Picazo e Gullon, *op. cit.*, p. 124.

5.4. BOA-FÉ OBJETIVA: A RELEVÂNCIA DO INADIMPLEMENTO E A PROPORCIONALIDADE DO REMÉDIO SINALAGMÁTICO

Finalmente, a exceção de contrato não cumprido exige, como requisito para a sua oposição legítima, a existência de boa-fé pelo excipiente. No ordenamento italiano, esta exigência vem expressamente prevista no artigo 1.460 *in fine* do *Codice Civile*³⁰⁵.

A despeito da inexistência, no Direito brasileiro, de dispositivo específico a respeito da incidência da boa-fé objetiva no exercício da exceção, esta ausência mostra-se absolutamente irrelevante, tendo em vista a farta previsão legislativa inovadora de caráter genérico no Código Civil.

Alude-se, nesse ponto, à boa-fé objetiva e não à chamada boa-fé subjetiva, velha conhecida do legislador brasileiro. Esta encarna um estado de crença, de ignorância a respeito de características da situação jurídica posta, capaz de implicar lesão aos direitos de outrem. Diz-se subjetiva porque está ligada ao estado psíquico da pessoa, que acredita ser titular de direito que, na verdade, só lhe assiste aparentemente.

Por sua vez, a boa-fé objetiva é uma regra de conduta que impõe o dever de atuação ética e coerente nas relações obrigacionais, de acordo com a

³⁰⁵ “Art. 1460 – *Eccezione d'inadempimento* - Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto (1565).
Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede (1375).”

doutrina do personalismo ético de Kant, reconstruído por Karl Larenz³⁰⁶. Esta doutrina aponta na pessoa humana o fundamento maior da ordem jurídica e também do Direito Privado. Por isso, as obrigações devem ser encaradas como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana.

Conseqüentemente, atribui-se às obrigações o caráter de comunhão não só no aspecto espiritual, mas também prático, de índole social intensa, que envolve o homem no contexto que o rodeia e exige a manutenção de padrões ético-sociais de conduta, impondo a dignidade humana como fim da convivência, da solidariedade social e, por fim, do próprio cumprimento das obrigações³⁰⁷.

Trata-se do dever de agir segundo determinados padrões de conduta socialmente aceitos, de probidade, lealdade, transparência, honestidade, coerência e lisura, de modo a não frustrar a confiança da outra parte. Nos dizeres de Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva designa um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, ao qual cada indivíduo deve ajustar a própria conduta, agindo como um homem reto: com honestidade e probidade³⁰⁸.

Desse preceito de verdadeira socialização e de expansão da ética no Direito Civil, decorrente, em última análise, da dignidade da pessoa humana como paradigma maior do ordenamento jurídico³⁰⁹, exsurge incontestemente um limite à exceção de contrato não cumprido: a sua oposição deve ser socialmente aceitável.

³⁰⁶ Nanni, Giovanni Ettore. *A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada*. In: Lotufo, Renan (org.). *Direito Civil Constitucional – Caderno 2*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 168.

³⁰⁷ Nanni, *op. cit.*, p. 168.

³⁰⁸ Martins-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

³⁰⁹ Artigos 1, inciso III, e 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Aqui se revela mais uma função exercida pela boa-fé objetiva no sistema do Direito Privado: a função de controle, de repressão ao abuso de direito, conforme o disposto no artigo 187 do Código Civil³¹⁰.

Efetivamente, o titular de um dado direito não pode, a pretexto de exercê-lo, exceder os limites traçados pela função social a este atribuída. O exercício dos direitos individuais ou subjetivos deve ser moldado e limitado pelas regras de convivência, traçadas pelos valores e princípios socialmente aceitos.

Não basta ao titular do direito exercer a faculdade que lhe assiste dentro dos limites legais abstratamente considerados. Ele deve atentar para as peculiaridades da situação jurídica posta, evitando o desvio para objetivos ilícitos e indesejáveis, sob o prisma do contexto social.

Quanto à exceção de contrato não cumprido, esse requisito da boa-fé objetiva manifesta-se, em um primeiro momento, na exigência de o inadimplemento do excipiente encontrar seu fundamento, único e exclusivo, no inadimplemento do outro contratante.

A exceção em voga não deve servir de mero pretexto para isentar o excipiente das conseqüências jurídicas de sua inércia. Do contrário, ela serviria como instrumento de premiação da inadimplência e burla ao dever de lealdade exigido das partes, especialmente em uma relação contratual sinalagmática. Por

³¹⁰ “Artigo 187 – También comete ato ilícito o titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena-fé o por los buenos costumbres.” Também José Maria Gastaldi e Esteban Centanaro, analisando o ordenamento argentino, advertem sobre a proximidade entre boa-fé objetiva (aludem à boa-fé contratual) e o abuso do direito. Colacionam diversos julgados daquele país sobre o tema, destacando-se, pela contundência sintética: “La exceptio non adimpleti contractus de que goza el demandado para oponerse al progreso de la acción de cumplimiento cuando el que la entabla no ha cumplido la o las que le son propias, debe ser invocada sin violar la buena fe contractual” (C 1ª, CC Mercedes, 27/10/1970, L.L., 141-701, 25.698-S)” (op. cit., p. 105-108).

esse mesmo motivo, não se aceita a exceção de contrato não cumprido depois de o excipiente declarar que não mais deseja a contraprestação, ou quando recusar a prestação devidamente oferecida pelo excepto³¹¹.

Em um segundo momento, tal requisito manifesta-se na identificação das obrigações e dos deveres principais e acessórios e, em seguida, da relevância do inadimplemento e de proporcionalidade no emprego do remédio sinalagmático.

Coerente com a sua teoria causalista, Capitant entende que o critério distintivo é a causa entre as obrigações principais e acessórios. A obrigação que levou a parte contrária a se obrigar seria a principal, portanto, a causa da sua vinculação ao contrato. As demais seriam acessórios³¹². Já René Cassin, pendendo para uma interpretação mais objetiva, entende ser desnecessário o recurso à causa, tendo em vista os recursos interpretativos oferecidos pela boa-fé³¹³, aqui tratados em seu caráter objetivo.

É realmente desnecessário recorrer à causa no ordenamento jurídico brasileiro, considerando o já abordado caráter amplo do inadimplemento, que inclui irregularidade quanto ao prazo, forma e lugar, e também quanto à previsão legislativa expressa da boa-fé objetiva, que traz consigo os deveres anexos à prestação principal.

Referindo-se à possibilidade de exercício do direito resolutório pelo contratante não inadimplente, em face do adimplemento ruim pela outra parte, Araken de Assis lembra ser necessária a relevância da falta cometida. Isto porque a resolução não é o único remédio sinalagmático existente para o caso de

³¹¹ Lopes, *op. cit.*, p. 312.

³¹² Lopes, *op. cit.*, p. 308.

³¹³ Cassin, *op. cit.*, p. 572.

inadimplemento³¹⁴. Cita um acórdão proferido pela 6.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual rejeitou-se o pleito resolutório baseado na falha quanto ao cumprimento da obrigação de prestação de assistência técnica, enquanto todas as demais obrigações contratuais já haviam sido cumpridas³¹⁵.

A inobservância de deveres anexos de menor monta e materialmente menos relevantes para os objetivos almejados pelas partes na gênese do contrato não poderia justificar, à luz dos padrões sociais e éticos de conduta, a suspensão integral da contraprestação, principalmente quando porção substancial da prestação tiver sido cumprida.

A aplicação do instituto em tela deve ser inspirada e aplicada em função do fim jurídico-prático-econômico visado pelas partes, em que a exceção tem cabimento pleno, seja do contrato não cumprido, seja do contrato cumprido insatisfatoriamente, quando o excepto, com sua falta, causar reflexos negativos no objetivo fundamental do programa contratual³¹⁶.

Como lembra Caio Mário da Silva Pereira, a exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente não pode ser levada ao extremo de acobertar o descumprimento, invocando o fato de o outro ter deixado de executar porção mínima ou irrelevante da sua obrigação³¹⁷.

Nesse mesmo sentido, Jacques Ghestin³¹⁸ observa:

³¹⁴ Assis, *op. cit.*, p. 127.

³¹⁵ TJRS, 6.^a Câmara Cível, 21.4.1987, JCCTJRS, v.2, tomo VII, p. 274-281.

³¹⁶ Reale, Miguel. *A boa-fé na execução dos contratos*. In: Questões de direito privado. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21-32.

³¹⁷ Pereira, Caio Mário da Silva. *Enciclopédia Saraiva do direito*. França, R. Limongi (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 34, p.404

³¹⁸ Ghestin, *op. cit.*, p. 362.

“Parce qu’elle est une voie de justice privée et à raison de la contrainte qu’elle exerce sur l’autre partie, l’exception d’inexécution peut permettre des abus. Aussi n’est-elle admissible que si elle est opposée de bonne foi, car c’est une condition de l’exécution de conventions (art. 1134 C. civ.)

Cette exigence conduit à tenir compte du comportement de celui qui invoque l’exception d’inexécution et de la nécessité d’un équilibre entre les inexécutions.”

Contudo, tampouco se pode conduzir o pêndulo para o extremo oposto da relação contratual, isto é, a ponto de exonerar da complementação ou do aperfeiçoamento da prestação o contratante que cumpriu mal, quando ainda possível a purgação da mora.

Sabe-se que, historicamente, o Direito Privado de inspiração francesa liberal focou as suas atenções nos interesses do credor, relegando o devedor a situações não raro injustas. Não se pode, porém, encontrar a solução do problema simplesmente transferindo o pêndulo para a outra extremidade, outorgando proteção paternalista ao devedor. Do contrário, o Direito será um implacável instrumento de fomento do inadimplemento.

Se o contratante cumpriu mal, está em mora e, portanto, inadimplente. A lei brasileira outorga efeitos bastante parecidos ao inadimplemento e ao adimplemento ruim, podendo, inclusive, este transformar-se naquele, de acordo com as circunstâncias.

Se está em mora e não cumpriu regularmente o quanto lhe competia, deve purgar a mora, complementando ou corrigindo a prestação, no melhor interesse do credor. Enquanto não agir desse modo e a emenda ainda for possível, obviamente o contratante faltoso não fará jus à contraprestação em toda a sua inteireza. Do contrário, estar-se-ia aniquilando o mesmíssimo equilíbrio que a exceção de contrato não cumprido visa a manter incólume.

Exatamente neste ponto entra em cena a exigência da proporcionalidade do remédio sinalagmático derivado da influência da boa-fé objetiva sobre a exceção examinada.

Também aí revela-se uma distinção nítida entre a resolução e a exceção de contrato não cumprido. Por implicar consequência mais drástica, isto é, a extinção do vínculo contratual, a resolução pode ser rejeitada pelo juiz sob o argumento de o inadimplemento do outro contratante não ser suficientemente grave, especialmente se a discussão gravitar em torno do descumprimento de deveres acessórios.

No entanto, entende-se que tal faculdade não caberia ao órgão julgador, se não em parte, na hipótese de exercício da exceção de contrato não cumprido. Diz-se em parte porque, em se tratando de inadimplemento quase irrelevante, a suspensão integral da contraprestação, sem qualquer medida de proporcionalidade, não significa justiça, mas sim um ato verdadeiramente abusivo. Por outro lado, tampouco traduz justiça obrigar o contratante a cumprir integralmente a sua contraprestação, quando não recebeu integralmente a prestação.

Como sói ocorrer, a solução justa encontra-se no meio termo, no emprego do bom senso. A suspensão de parte da contraprestação, em medida de proporcionalidade com o inadimplemento do excepto, certamente deverá ser admitida. O contratante excipiente não contratou para obter *quase* integralmente o objeto da prestação. Fê-lo para o obter em toda a sua inteireza, no tempo, forma e lugar devidos³¹⁹. Assim, não pode ser obrigado a receber prestação diversa³²⁰.

³¹⁹ Conforme artigo 396 do Código Civil.

³²⁰ Conforme artigo 313 do Código Civil.

Para que a oposição da exceção de contrato não cumprido seja considerada legítima e, portanto, conforme ao Direito, a suspensão da contraprestação precisa guardar relação de proporcionalidade com o inadimplemento do excepto, sob pena de configurar exercício abusivo do direito à exceção. Na síntese bem colocada por Serpa Lopes, o inadimplemento do excipiente deve equivaler ao inadimplemento do excepto³²¹.

³²¹ Lopes, *op. cit.*, p. 311.

6. A EXCEÇÃO DE INSEGURANÇA

Ao lado da exceção de contrato não cumprido e da exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente, existe também a chamada exceção de insegurança, cabível em uma situação peculiar, como se passa a abordar.

6.1. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO

Nos termos do disposto no artigo 477 do Código Civil,

“se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”

Pode-se afirmar que a exceção de insegurança é exceção substancial, dilatória, pessoal e dependente por meio da qual, no caso de diminuição patrimonial superveniente do outro contratante, que tornar duvidosa a realização da contraprestação, o contratante obrigado a prestar primeiro pode recusar-se ao cumprimento, até o oferecimento de garantia ou o pagamento da contraprestação.

A aludida exceção está intrinsecamente ligada ao disposto no artigo 391, do Código Civil, segundo o qual *"pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor."*³²²

³²² Nery Jr., Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 193.

Na Itália, alguns autores, como Rodolfo Sacco, enxergam na exceção de insegurança uma mera aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, em razão da influência de um evento futuro apto a alterar as circunstâncias econômicas que permeiam o contrato³²³.

No Brasil, a equiparação não foi aceita por Pontes de Miranda, que acertadamente a rechaça³²⁴. Positivada no artigo 478 do Código Civil³²⁵, a cláusula *rebus sic stantibus* oferece às partes um instrumento de dissolução de vínculo contratual de execução diferida ou continuada. Incide quando, em virtude de acontecimento extraordinário, imprevisível e de alcance genérico³²⁶, sobrevier onerosidade excessiva a uma das partes, da qual resulte benefício exagerado para a outra.

Por outro lado, a exceção de insegurança, em primeiro lugar, não visa à extinção do vínculo. Como exceção dilatória, tem o efeito de dilatar no tempo a exigibilidade da prestação do excipiente, até a extinção da situação fática que ensejou a sua legítima oposição.

Em segundo lugar, para o cabimento da exceção de insegurança, pouco importa se a perda patrimonial superveniente atingiu apenas o contratante que deve cumprir por último, ambos os contratantes ou toda a comunidade na

³²³ O aludido autor escreve que “l’art. 1461 citato mette al centro della fattispecie che dà luogo all’*facoltà di sospendere l’esecuzione* il <<divenire>> delle condizioni patrimoniali del contraente. Si ha qui dunque un’applicazione della clausola *rebus sic stantibus*. (I remedi sinallagmatici. In: Trattato di diritto privato. Rescigno, Pietro, coord. Turim: UTET, 1995, v. 10, p. 620).

³²⁴ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 143.

³²⁵ “Artigo 478 – Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.” Sem equivalente expresso no Código Civil de 1916, embora já tivesse alguma aplicação sob a rubrica de “teoria da imprevisão” e a influência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90.

³²⁶ Não se considera preenchido esse requisito se a onerosidade excessiva derivar de uma situação de fato que atinja especificamente o contratante que venha a experimentar a onerosidade excessiva. Tampouco se configura quando o evento não for considerado extraordinário nem imprevisível.

qual um deles ou ambos se inserem. Exige-se, objetivamente, sem investigação de culpa, o sofrimento de perda patrimonial capaz de tornar duvidosa a realização da prestação devida pelo contratante que deve contraprestar.

Convém não confundir, também, a exceção de insegurança com o vencimento antecipado da obrigação. Este vem disciplinado no artigo 333 do Código Civil³²⁷, e também na legislação esparsa, como no artigo 77 da Lei n.º 11.101/2005³²⁸ (Lei de Recuperação e Falência de Empresas). Consiste no direito de cobrar a dívida antecipadamente por causa de determinados eventos, como o inadimplemento ou a recusa de reforçar a garantia real deteriorada. Por sua vez, a exceção de insegurança autoriza apenas a abstenção do contratante até a oferta de garantia pelo outro contratante ou, à escolha deste, até o cumprimento da contraprestação.

Aliás, Franco Carresi³²⁹ destaca que a exceção de insegurança fica mesmo excluída no caso de coexistir alguma hipótese de perda do benefício do termo, como ocorre no vencimento antecipado. Nas suas palavras:

“pressupone che le sue condizioni patrimoniali, pur senza configurare una vera e propria ipotesi di insolvenza, giacchè in tal caso essa addirittura decadrebbe dal beneficio del termine, siano divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della prestazione che alla scadenza del termine sarebbe da lei dovuta, e semprechè non venga da lei o da altri per suo conto prestata idonea garanzia.”

³²⁷ “Artigo 333 – Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I – no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

II – se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III – se cessarem, ou se tornarem insuficientes as garantias do débito, fidejussórias ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.” Equivalente ao artigo 954 do Código Civil de 1916.

³²⁸ “Artigo 77 – A decretação da falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta Lei.”

³²⁹ Carresi, *op. cit.* p. 900.

Claro está que apenas a garantia mostra-se essencial à exceção de insegurança e, por isso, basta que esta seja oferecida para fazer cessar os efeitos da exceção. A previsão do adimplemento mostra-se lógica, pois se a exceção pode ser afastada pelo simples oferecimento de garantia, um verdadeiro *minus*, com maior razão ainda o pode ser pelo adimplemento antecipado.

No entanto, isso não dá ao contratante excipiente o direito de demandar antecipadamente o cumprimento da obrigação exposta ao risco devido à perda patrimonial superveniente, nem transforma a execução em toma lá, dá cá. Dá-lhe apenas e tão-somente o direito de recusar a demanda pelo cumprimento da prestação que lhe cabe, enquanto não houver, no mínimo, a oferta de garantia. Do contrário, não se estaria falando de exceção na acepção técnica do termo.

6.2. REQUISITOS ESPECÍFICOS

Dadas as peculiaridades desse remédio sinalagmático, é preciso destacar os seus requisitos específicos, que o distinguem das demais exceções dilatórias abordadas neste trabalho. São eles: existência de ordem nas prestações (com a conseqüente invocação pela parte incumbida de prestar em primeiro lugar), contrato de execução diferida ou continuada, perda patrimonial superveniente do outro contratante capaz de tornar duvidosa a prestação e boa-fé objetiva, e que exerce aqui uma função diversa da que lhe é própria na exceção de contrato não cumprido.

O primeiro requisito específico para o cabimento da exceção de insegurança consiste na existência de uma ordem legal, convencional ou

circunstancial na realização das prestações objeto das obrigações emanadas do contrato bilateral.

A exceção de insegurança foi concebida especificamente para atuar em uma situação não suscetível de ser solucionada pelas exceção de contrato não cumprido ou do não cumprido satisfatoriamente. É oponível por aquele contratante obrigado, por lei, pelo contrato ou pelas circunstâncias do negócio, a prestar em primeiro lugar, sujeitando-se ao risco de não receber a contraprestação. Já as demais exceções aqui tratadas exigem a simultaneidade no adimplemento ou, no mínimo, inadimplemento anterior pelo excepto.

A lei previu expressamente o direito de o contratante obrigado a cumprir primeiro se recusar a prestar, na hipótese de perda patrimonial superveniente experimentada pelo outro contratante e que, sob um prisma objetivo, possa comprometer a capacidade deste último de cumprir a contraprestação.

A compra e venda é um campo bastante propício à incidência da exceção de insegurança. Isto porque o artigo 491 do Código Civil³³⁰ estabelece uma ordem dos pagamentos: o vendedor não pode ser compelido a entregar a coisa antes de pagamento, salvo se assim acertado pelas partes.

Nessas condições, experimentando o comprador perda patrimonial superveniente, isto é, após a celebração do contrato de compra e venda, capaz de tornar duvidosa a realização da contraprestação – pagamento do preço – o vendedor pode suspender a entrega da coisa até que esta ocorra ou até o

³³⁰ “Artigo 491 – Não sendo a venda a crédito o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.” Equivalente ao artigo 1.130 do Código Civil de 1916.

oferecimento de caução idônea, cabendo ao excepto a escolha do caminho preferido.

Como desdobramento desse primeiro requisito, exige-se que a exceção de insegurança seja oposta pela parte obrigada pelo contrato, pela lei ou pelas circunstâncias do negócio a satisfazer em primeiro lugar a prestação assumida.

A questão não suscita maiores dificuldades. Tendo em vista a finalidade da exceção – tutelar os interesses daquele que deve cumprir em primeiro lugar, visando a minimizar os riscos do não recebimento da contraprestação em uma situação excepcional de perda patrimonial superveniente – ela só poderia ser, de fato, oposta pela parte exposta a tal risco.

Em segundo lugar, coloca-se como requisito a existência de um contrato, além de bilateral ou sinalagmático, também de execução diferida ou continuada. Mais uma vez, a conclusão não exige maiores considerações. Nos contratos de execução instantânea, não se corre o risco de perda patrimonial superveniente, dada a inexistência de lapso temporal no qual isso pudesse acontecer. Caso ocorresse tal perda, obrigatoriamente teria tomado lugar antes da celebração do negócio. Pelo contrário, este risco mostra-se latente sempre e quando a prestação se prolonga no tempo, tem vencimento futuro ou se renova periodicamente.

O terceiro requisito específico da exceção de insegurança pode ser identificado como a perda patrimonial superveniente, sentida pelo contratante beneficiado pela ordem das prestações, que ponha em dúvida o recebimento da prestação por quem deve prestar primeiro.

A configuração da perda patrimonial prescinde da coexistência de qualquer elemento subjetivo. Pouco (ou nada) importa que a perda patrimonial sentida pelo contratante seja resultado de crise econômica ou inabilidade para o comércio. Essa perda deve ser analisada, exclusivamente, sob o prisma objetivo, sem qualquer alusão à culpa do contratante³³¹.

Isso porque não se cogita aqui de sanção em face do contratante sujeito à perda patrimonial superveniente. Busca-se apenas proteger o equilíbrio contratual e minimizar o risco de o contratante obrigado a prestar primeiro realizar a prestação que lhe incumbe e não receber a contraprestação.

Quanto ao real alcance do requisito da perda patrimonial, destaca-se que a mera circunstância de ativo superior ao passivo não impede o nascimento da exceção de insegurança. Há casos em que, embora o ativo tenha maior expressão econômica, o contratante apresenta liquidez baixa.

Ou, ainda, o contratante pode apresentar uma redução acentuada, quer em seus índices de liquidez, na relação entre ativo e passivo que, apesar de ainda positiva, tende inevitavelmente à insolvência. E mais, pode apresentar um alto índice de endividamento a curto prazo, aliado, por exemplo, a um crescente número de protestos e cobranças judiciais.

Nestes casos, a exceção de insegurança naturalmente terá cabimento, pois o tráfico jurídico aponta, em situações semelhantes, o elevado risco de inadimplemento decorrente de insolvência (ou de pré-insolvência)³³².

³³¹ Conforme Sacco, *op. cit.*, p. 620.

³³² Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 142. O festejado jurista cita fatores como possibilidade de realização do ativo, prazo de vencimento das dívidas e facilidade dos meios como critérios a serem considerados na análise da situação econômico-financeira do contratante.

Para tanto a boa-fé objetiva é imprescindível, abordada a seguir como outro requisito da exceção de insegurança.

No caso concreto, o nascimento do direito à exceção não pode estar condicionado à existência de insolvência propriamente dita. Isto porque, como visto acima, a decretação da insolvência ou da falência do contratante enseja o vencimento antecipado de suas obrigações e, por isso mesmo, exclui o direito à oposição da exceção de insegurança.

De ser esse o conteúdo do requisito da perda patrimonial, tornar-se-ia letra morta o artigo 477 do Código Civil, dado que a sua aplicação seria, na prática, impossível ou, no mínimo, extremamente rara. Como resultado, o contratante obrigado a cumprir em primeiro lugar estaria desamparado nas situações em que, de fato, tem cabimento a exceção de insegurança.

Ainda com relação ao alcance da perda patrimonial, Pontes de Miranda³³³ lembra que não é obstáculo à oposição da exceção o fato de ambos os contratantes serem atingidos pela mesma perda patrimonial superveniente. Sua lição merece ser transcrita na íntegra:

“Aqui, convém que se precise o que é, verdadeiramente, o pressuposto do ‘comprometimento’ ou ‘duvidosidade’ do adimplemento. Se a situação geral é de incerteza, de insegurança para todos ou para o círculo de pessoas a que pertencem os dois contraentes, em cada uma das dívidas se realiza o pressuposto de ficar comprometido ou duvidoso o adimplemento. Nada justifica que se obste ao nascimento da exceção a um porque ao outro também nasceria. Cada um está na mesma situação e o que tem de prestar primeiro há de ser protegido contra a insegurança. Se ao outro tivesse cabido o dever de prestar primeiro, teria, igualmente, a exceção. Assim, não há pensar-se em que a situação geral opera como pré-elidente do nascimento da exceção de insegurança, nem como réplica. Não teria ensejo o mal de todos consolo é.”

³³³ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 142.

Mesmo que ambos os contratantes estejam em situação econômica virtualmente ruínosa, apenas aquele obrigado a prestar primeiro se verá exposto ao risco de cumprir e não receber aquilo a que tem direito. Ao outro contratante assiste o direito de, demandado pelo cumprimento da obrigação assumida por contratante inadimplente, agitar a exceção de contrato não cumprido. Percebe-se, pois, que a exceção de contrato não cumprido não cabe ao titular da exceção de insegurança.

A perda patrimonial superveniente que põe em xeque o recebimento da contraprestação não enseja a oposição da exceção de insegurança se, no momento de sua ocorrência, o suposto excipiente estiver em mora. O contratante faltoso não pode ser beneficiado pela sua própria torpeza, aliás, como ocorre, inclusive, no caso da responsabilidade por caso fortuito e força maior diante da parte em mora, consoante o artigo 399 do Código Civil³³⁴. Onde, se o contratante obrigado a prestar primeiro estiver em mora, o direito à recusa do cumprimento até a prestação de caução, ou até o adimplemento antecipado, deixará de assisti-lo.

Um último destaque a esse respeito. Há autores que admitem a extensão do âmbito de aplicação do instituto também àquelas situações em que a alteração patrimonial negativa, apesar de anterior à celebração do negócio, só chegou ao conhecimento do outro contratante depois de o acordo ter sido fechado.

³³⁴ “Artigo 399 – O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.” Equivalente ao artigo 957 do Código Civil de 1916.

Embora imbuído do mais nobre intento, o entendimento viola claramente o dispositivo. Como lembra Pontes de Miranda, nos contratos bilaterais, o cumprimento conforme o avençado é a regra³³⁵. O contratante obrigado a cumprir em primeiro lugar não tem, geralmente, desculpas para inverter a ordem estabelecida pela lei, pelo contrato ou pelas circunstâncias do negócio.

Em vista disso, o cabimento da exceção de insegurança, por implicar alteração na aludida dinâmica, embora sem configurar vencimento antecipado da obrigação com vencimento posterior, mostra-se completamente excepcional, não comportando, por isso, interpretação extensiva.

A regra do artigo 477 do Código Civil exige, claramente, a superveniência da diminuição patrimonial experimentada pelo contratante que deve prestar por último e que põe em dúvida a sua capacidade de prestar.

Se a situação econômico-financeira periclitante do contratante for anterior à celebração do contrato, poder-se-á cogitar de vício na formação do negócio, por erro ou dolo, mas não de exceção de insegurança, que pressupõe um contrato bilateral válido e eficaz. A exceção de insegurança pressupõe a superveniência da perda patrimonial ou, no mínimo, o seu agravamento.

Essa é a opinião de Pontes de Miranda³³⁶ e, na Itália, de Rodolfo Sacco³³⁷ que, criticando a jurisprudência italiana, ensina:

“La giurisprudenza ha prontamente – e in modo del tutto arbitrario – equiparato alla sopravvenuta la insolvibilità originaria incógnita alla

³³⁵ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 138.

³³⁶ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 142.

³³⁷ Sacco, *op. cit.*, p. 620.

controparte. Dal rimedio della sopravvenuta insolvibilità si passa così al rimedio dell'errore, provocato o spontaneo.

Certo, si può ammettere che anche un rimedio contro un errore siffatto ha dalla sua importanti giustificazioni. Ma à difficile sostenere che il legislatore abbia previsto tale rimedio, expresamente o per implícito, con l'art. 1461."

A boa-fé objetiva, também requisito da exceção de contrato não cumprido, exerce função diversa como requisito da exceção de insegurança. Isto ocorre porque, nesta, não se exige o inadimplemento, portanto, a distinção exata entre prestações principais e acessórias fica relegada a segundo plano.

A boa-fé objetiva representa o filtro pelo qual se analisa o infortúnio superveniente alegado para excepcionar a regra de cumprimento. Não é suficiente qualquer revés para trazer a exceção à tona, cujo caráter extraordinário exige o emprego ponderado. Deve-se analisar os impactos de tal revés na capacidade de solver do contratante atingido, especialmente em comparação à mesma capacidade quando o contrato foi firmado e, de acordo com os critérios do tráfico³³⁸, definir se teria ou não havido comprometimento da contraprestação.

Os demais requisitos da exceção de insegurança coincidem, naquilo em que não conflitam com os apontados neste capítulo, com os próprios requisitos da exceção de contrato não cumprido. Assim, exige-se a existência de um contrato bilateral, sinalagmático ou de prestações recíprocas. Por outro lado, a coetaneidade do adimplemento e o inadimplemento de uma das partes, por contrariar a natureza e a finalidade mesma do instituto, não constituem requisitos de exceção.

³³⁸ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 141-142.

6.3. OUTRAS DISTINÇÕES

Além dos apontados acima, outros traços característicos há que distinguem a exceção de insegurança das exceções ligadas ao inadimplemento.

O primeiro deles consiste na forma de extinção de cada uma dessas espécies de exceção. Embora ambas possam ser extintas mediante o adimplemento e, indiretamente, pelas outras formas de extinção das obrigações, a exceção de insegurança pode também ser extinta pela prestação de caução. Porém, o mesmo não ocorre com as exceções de contrato não cumprido e de contrato cumprido insatisfatoriamente.

Com efeito, a exceção de insegurança não é deflagrada pelo inadimplemento, mas por uma situação superveniente de pré-insolvência, de perda patrimonial acentuada que ponha em dúvida a capacidade de cumprimento da parte atingida. Dessa forma, a prestação de caução afasta a exposição ao risco do inadimplemento, atingindo a finalidade mesma da exceção de insegurança³³⁹.

Por outro lado, as exceções baseadas no inadimplemento do outro contratante não se extinguem mediante a prestação de caução. A finalidade das exceções de incumprimento, ou cumprimento defeituoso, consiste em garantir o equilíbrio contratual e coagir o contratante inadimplente. Não se alega que o contratante inadimplente não tem forças para adimplir, mas sim que efetivamente não o fez. Tais finalidades não seriam alcançadas pela prestação de caução, sendo necessário o efetivo adimplemento ou qualquer outra forma de extinção da obrigação. Não falta a garantia, mas a prestação.

³³⁹ Torrente e Schlesinger, *op. cit.*, p. 515; Pereira, *op. cit.*, p. 161.

A lei não especifica a espécie de caução a ser prestada, que poderá ser real ou fidejussória³⁴⁰. No entanto, para que a exceção atinja o seu objetivo, a caução deve ser idônea o suficiente para demonstrar a solvabilidade do contratante desafortunado, refletindo a expressão econômica efetiva da prestação que lhe for própria.

Questão relevante diz respeito à possibilidade de renúncia antecipada à exceção de insegurança.

Pontes de Miranda³⁴¹ restringe o cabimento da renúncia às hipóteses nas quais ela é manifestada após o nascimento da exceção, ou seja, depois da superveniência da perda patrimonial que torne duvidosa a prestação. O citado professor sustenta a impossibilidade de os contratantes prometerem, previamente, o não-exercício da exceção de insegurança que eventualmente venha a nascer em favor de um deles.

Tal argumento não parece definitivo. Se fosse assim, tampouco seria válida a cláusula *solve et repete*, pela qual as partes renunciavam, expressa e antecipadamente, ao direito de opor exceção de contrato não cumprido ou cumprido insatisfatoriamente.

À semelhança do que ocorre com a perda patrimonial, o inadimplemento de uma das obrigações – que motiva a exceção de contrato não cumprido – também ocorre após a celebração do ato negocial. No entanto, como

³⁴⁰ A esse respeito, ver os artigos 826 e 827 do Código de Processo Civil:

“Artigo 826 – A caução pode ser real ou fidejussória.”

“Artigo 827 – Quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança.” No mesmo sentido, Pereira, *op. cit.*, p. 161.

³⁴¹ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 147.

se verá adiante, admite-se a renúncia, no nascimento do negócio, do direito à oposição de tais exceções.

Isso acontece porque, na matéria ora analisada, navega-se pelas águas dos direitos disponíveis, em que o reconhecimento da potestade de auto-regulamentação dos interesses garante às partes soberania na condução de seus interesses, desde e quando obedecidos os limites da própria autonomia privada, que legitima a renúncia³⁴².

Naturalmente, a violação da ordem pública, dos bons costumes, de abuso de direito extrapolam tal potestade, fere de morte a validade e a eficácia da renúncia, nesses casos.

A questão das causas impeditivas e terminativas das exceções de contrato não cumprido e de contrato cumprido insatisfatoriamente será objeto de tópico específico.

³⁴² Miguel Maria de Serpa Lopes compartilha a mesma opinião, embora se refira à exceção de contrato não cumprido, mas procurando afastar justamente o “*anátoma decorrente do princípio da irrenunciabilidade de um direito adquirido*.” (*op. cit.*, p. 329). Igualmente Araken de Assis, referindo-se à renúncia antecipada do direito de pleitear a resolução por inadimplemento, lembra que o direito à resolução, fundado, primordialmente, na equidade, não estabelece um princípio de ordem pública, sujeitando-se, portanto, à disposição das partes. (*op. cit.*, p. 34). Se isto se dá com o direito à resolução por inadimplemento, dotado de força para gerar conseqüências muito mais graves do que as exceções aqui tratadas, em relação a estas, a renunciabilidade pode ser aceita com muito mais razão. Atenta-se, finalmente, para a advertência do Professor Araken de Assis, para quem a relevância da disposição contratual a esse respeito deve ser expressa. (*op. cit.*, p. 35).

7. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, OS CONTRATOS COLIGADOS E A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A Constituição Federal de 1988 iniciou uma nova era para o Direito Civil, incorporando em seu texto os alicerces maiores deste campo, antes limitados à legislação ordinária. Temas como a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana, como paradigmas para o Direito Privado, foram destacados pelo legislador constituinte, para tornar mais evidente a sua antes (equivocadamente) esquecida influência no tráfico jurídico.

Um desses temas realçados na ordem constitucional, e mais uma vez com a edição do Código Civil, onde encontra previsão no artigo 421³⁴³, consiste na função social do contrato. Conforme a precisa lição de Teresa Negreiros³⁴⁴, a função social do contrato, na sua essência mais simples, pode ser entendida pela afirmação de que o contrato não é mais concebido como relação jurídica relevante apenas para as partes, impermeável às condicionantes sociais ao seu redor e por ele influenciadas.

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, que não é o objetivo deste trabalho, a função social do contrato será abordada neste capítulo, naquilo que for necessário para a exata compreensão de seus impactos sobre a exceção de contrato não cumprido.

³⁴³ “Artigo 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

³⁴⁴ Negreiros, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208.

7.1. ÂMBITO INTERNO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Para introduzir a questão da função social do contrato, deve-se lembrar, com Josserand, citado por Fernando Noronha, que todo direito é social na origem, no núcleo e na sua finalidade. O direito é formado, essencialmente, por regras sociais obrigatórias, de modo que não pode haver uma parte diferente do todo que integra³⁴⁵.

Por “função” deve-se entender a sujeição do exercício de um dado poder ao interesse de outrem. No caso da função social dos contratos, os particulares são dotados da autonomia privada para exercê-la em prol do interesse de outrem ou, no mínimo, em harmonia com os interesses da sociedade.

Conforme lembra Cláudio Luiz Bueno de Godoy, os direitos subjetivos, especialmente aqueles ligados à liberdade contratual, deixam de servir a um propósito meramente egoístico para exercer papel orgânico e estrutural na sociedade³⁴⁶.

Essa característica decorre do fato de a função ter sido adjetivada com o termo “social”, significando que a funcionalização do contrato leva a sua concepção a ultrapassar o interesse meramente individual do titular do direito. Trata-se do reconhecimento de que, por trás do interesse individual, existe sempre o interesse coletivo, que o legitima e lhe serve de medida.

³⁴⁵ Noronha, *op. cit.*, p. 84.

³⁴⁶ Godoy, Bueno Cláudio Luiz de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113-114.

É o que anota o ilustre magistrado federal e professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Sílvio Luís Ferreira da Rocha³⁴⁷:

“Como princípio normativo o princípio da função social afeta o mecanismo de atribuição do direito de propriedade e o regime de exercício. A atribuição do direito de propriedade não se efetua de modo incondicionado, mas submetida ao cumprimento, por parte do proprietário, da orientação social que contém. A função social implica que se reconheça ao direito de propriedade a ausência de determinadas faculdades, o exercício condicionado de outras e o dever de exercitar algumas livremente, de acordo com determinados critérios.”

Embora o autor tenha os olhos voltados à função social da propriedade, sua lição encontra plena aplicação à função social do contrato, sendo esta conseqüência daquela³⁴⁸. Substituam-se as referências à propriedade e ao proprietário por seus equivalentes na seara contratual, e a adaptação estará naturalmente concluída.

Não se pode esquecer que a função primária dos contratos consiste em promover a circulação e a distribuição da riqueza. Justamente por essa característica, tão cara ao sistema liberal de inspiração pós-revolucionária, o *Code Napoleon* prestigiou o contrato, ao dar-lhe caráter de lei entre os subscritores e de manifestação pura da justiça. Modernamente, contudo, gradativamente ganham importância outros fatores que não a santidade da palavra empenhada.

É o que dizem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery³⁴⁹:

³⁴⁷ Rocha, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 72.

³⁴⁸ Segundo as lições do Professor Renan Lotufo, durante as aulas de Contratos no Novo Código Civil, do curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a função social do contrato não pode ser dissociada completamente da função social da propriedade. Os institutos caminham de mãos dadas com o Direito Privado, tanto que foi dada a eles importância soberana do *Code Napoleon*, considerando a relevância do anseio da população pelo acesso à propriedade, logrado eminentemente pela via contratual. Assim, funcionalizar a propriedade já implicaria, em certa medida, funcionalizar também o contrato, não se concebendo esta, em sua plenitude, sem aquela.

³⁴⁹ *Op. cit.*, p. 181.

"A função mais destacada do contrato é a de propiciar a circulação da riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro (Roppo, Il contratto, p. 12 et. seq.). Essa liberdade parcial de contratar, com objetivo de fazer circular riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Por isso, fala-se em fins econômico-sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia."

Cabe, no entanto, uma advertência: os contratos ainda são celebrados para ser cumpridos. Nada nas mudanças sofridas pelo Direito Civil no limiar do século XXI devem induzir outro entendimento. O que se impede e rejeita com vigor é a perseguição cega à “fé jurada”, a atribuição de força vinculante ao contrato pelo simples fato de sua celebração, embora despido de interesses dignos da tutela jurídica e sintonizados com o interesse público.

Para que o contrato atinja a sua função, não basta exercer o papel de veículo da circulação da riqueza. Exige-se, também, a conformidade entre essa circulação e os interesses sociais positivamente valorados pelo Direito: nada menos do que por meio daqueles princípios previstos no próprio texto constitucional, fonte maior do ordenamento e, como não poderia deixar de ser, também do Direito Civil³⁵⁰.

Dentre esses, os mais relevantes são a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa – fundamentos da República (artigo 5.º, incisos III e IV) – a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais, listados como objetivos fundamentais da República (artigo 3.º, incisos I e III). Todos estes

³⁵⁰ Para aprofundamento das noções de constitucionalização do Direito Civil, ver Lotufo, Renan (org.). *Direito civil constitucional*, cadernos 1, 2 e 3; Tepedino, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; Perlingieri, Pietro. *Perfil do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina Decicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; Flórez-Valdes, Joaquín Arce. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. 2. ed. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990.

valores foram repetidos durante a disciplina da ordem econômica (artigo 170, *caput*).

A República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, que representa a sua situação jurídica fundamental, cujo objetivo é a criação de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, mostra-se claramente insustentável uma teoria contratual infensa à influência desses valores, condutores da superioridade do interesse social sobre o interesse meramente individual, em que este deve moldar-se àquele.

Não menos insustentável seria uma teoria desapegada da noção da justiça contratual. Não se concebe mais a força obrigatória dos contratos como dogma a ser levado às últimas consequências. Essa força deve ser justificada assim pelas manifestações de vontade, como pelo merecimento dos direitos e interesses disciplinados pela via contratual.

Daí a clara inspiração de figuras jurídicas prestigiadas pelo Código Civil, como a lesão enorme³⁵¹, a revisão das obrigações em caso de desproporcionalidade superveniente³⁵² e, também, a resolução por onerosidade excessiva³⁵³.

³⁵¹ “Artigo 157 – Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1.º – Aprecia-se o valor da desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2.º – Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.” A respeito do alcance desse dispositivo, ver Lotufo, *op. cit.*, p 434-443 e Pereira, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos bilaterais. passim*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

³⁵² “Artigo 317 – Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que se assegure, quando possível, o valor real da prestação.” A respeito do alcance desse dispositivo, ver Lotufo, *op. cit.*, p 224-229.

³⁵³ “Artigo 478 – Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

Ao negociar, celebrar, executar, interpretar ou analisar um contrato, não basta mais o exame da estrita licitude das respectivas cláusulas. Cabe ao agente também a análise sob o prisma da juridicidade da avença e investigar a existência de harmonia entre o interesse das partes contratantes e o interesse coletivo, verificando se o contrato guarda sintonia com a realidade à sua volta.

Em outras palavras, cabe-lhe verificar se o contrato atende à função social que dele se espera, não sendo suficiente que, analisado em si mesmo, o contrato seja considerado “lícito”. Na sua acepção contemporânea, o contrato deixou de ser mero veículo da vontade das partes, expressão máxima do negócio jurídico, em que as partes exerciam livre e ilimitadamente a sua autonomia. A relevância social do contrato passou a ser reconhecida pela lei.

Por isso, o contrato passou a ter valoração além do mero estado psicológico das partes e de seus interesses individualmente considerados. Atinge também, com igual ou maior força, uma valoração objetiva, pautada por critérios socialmente aceitáveis. É por isso que, como corretamente sustenta a Professora Judith Martins-Costa³⁵⁴, a função social do contrato atua claramente como um limite à autonomia privada.

E, mais do que isso, integra a própria noção contemporânea de contrato e do seu conteúdo, que não se concebe sem mencionar a função social³⁵⁵. Aliás, negar a função social do contrato seria negar a própria origem do Direito, surgido com o fito de regular a vida em sociedade.

³⁵⁴ *Op. cit.*, p. 351-354.

³⁵⁵ Godoy, *op. cit.*, p. 120.

7.2. ÂMBITO EXTERNO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato apresenta, ainda – e além da eficácia interna ou *inter partes* acima tratada – uma eficácia externa, fundada na concepção do contrato como fato social, no contexto de fatos, circunstâncias e da realidade social que o cercam. Além de relativizar a força obrigatória, a nova teoria contratual viu também mitigado o princípio do efeito relativo, na figura do “conteúdo genérico *ultra partes*” do contrato, expressão cunhada por Cláudio Luiz Bueno de Godoy³⁵⁶, ou do “contrato além do contrato”, como prefere Teresa Negreiros³⁵⁷.

Esta mitigação manifestou sua força por meio de duas facetas diversas: a primeira, mais conhecida da doutrina brasileira, é a possibilidade de terceiros prejudicados se oporem ao contrato celebrado em seu prejuízo. A segunda, ainda pouco explorada pela doutrina nacional, é a possibilidade de um terceiro ser responsabilizado quando, não sendo parte na avença, causar o inadimplemento e violar direito do credor (crédito).

7.2.1. A OPOSIÇÃO DE TERCEIROS PREJUDICADOS

Atualmente, crescem vertiginosamente as relações contratuais que interferem na esfera de direitos e obrigações de terceiros, para ali surtir os mais diversos efeitos. Excepciona-se cada vez mais o velho brocardo *res inter alios acta tertio nec nocet nec prodest*.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 131 e seguintes.

³⁵⁷ Negreiros, *op. cit.*, p. 206 e seguintes.

Nessa esteira, visualizada a influência do princípio da socialidade que informa o Código Civil, o contrato deixou de ser assunto afeto somente às partes, passando a interessar também a terceiros, porque se tornou parte da realidade social e seu do contexto.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy, em obra já citada, rejeita as teses que chama de reducionistas, limitadas a enxergar na aludida cláusula geral apenas a sua eficácia interna. Aduz que foi reconhecida a eficácia social do contrato, corolário do reconhecimento de que ele está inserido no tecido social³⁵⁸.

O professor e magistrado lembra a grandeza de tal entendimento, por representar uma verdadeira ruptura, um “*corte no elastério clássico de um dos mais tradicionais princípios do contrato, o de sua relatividade*.”³⁵⁹ O contrato deixa de ser assunto individual para ocupar o lugar de fato social que irradia efeitos a todos os que o circundam, sejam eles partes ou não, tenham eles consentido ou não para a sua celebração. A existência do contrato há de se impor, de modo a autorizar a sua invocação por terceiros e até mesmo contra estes³⁶⁰.

Sempre e quando um dado contrato espalhar os seus efeitos a terceiros ou à comunidade integralmente considerada e, nesse passo, deixar de atender à sua função social, os atingidos pelos efeitos de tal contrato têm legitimidade para intervir nessa relação e ressaltar os seus direitos ou corrigir injustiças. Inúmeros exemplos podem ser lembrados, como o da responsabilidade da financiadora e da incorporadora pela entrega do imóvel financiado incumbido à construtora.

³⁵⁸ Godoy, *op. cit.*, p. 131-132.

³⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 132.

³⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 119.

7.2.2. Oponibilidade do Contrato a Terceiros. O Contrato como Fato Social

Ao lado dessa hipótese, coloca-se outra também como desdobramento da ultraeficácia da função social do contrato: a mitigação do seu efeito relativo³⁶¹, que ressalta a sua oponibilidade a terceiros, de forma a evitar a ocorrência de fato, ou ato de terceiro, que possa prejudicar ou inviabilizar o cumprimento da prestação nele prevista.

Por tudo o que se viu até aqui, o chamado princípio do efeito relativo dos contratos merece uma releitura ou uma readequação às modernas exigências da vida em sociedade, sempre visando a manter o acompanhamento da evolução social pelo Direito Civil. Ele não está, exatamente, relegado a segundo plano, mas reclama uma revisão em seu enunciado para o reconhecimento da oponibilidade do contrato a terceiros.

Sob o império da ordem constitucional vigente, especialmente da função social do contrato, não mais se admite a impunidade daquele que, conscientemente, instiga um contratante ao inadimplemento ou, por qualquer meio, impede a consecução dos fins visados por uma ou mais partes do contrato.

Convém lembrar que o contrato não deve ser analisado apenas em si mesmo. O trabalho do jurista não se esgota na análise estrutural do contrato. O ordenamento jurídico exige mais. Exige que o exercício dos direitos e as prerrogativas que dele emanam se dê em harmonia com a sua função social.

³⁶¹ Na verdade, além da mitigação da realidade, há o reconhecimento da oponibilidade do contrato a terceiros porque ele está, como já foi dito, inserido da textura social que o circunda.

Em síntese, o contrato é analisado como inserido no tecido social e não como um átomo, à deriva na atmosfera.

É o que, já em meados do século XX, sustentava Emilio Betti³⁶², analisando justamente a posição dos terceiros com relação aos negócios jurídicos alheios:

“Aqui, não se trata de uma conexão objetiva de relações, resultante da sua estrutura jurídica (como concorrentes ou dependentes), mas antes de uma contigüidade e interferência entre esferas e interesses, pela qual as vicissitudes determinadas pela autonomia privada, numa esfera, podem, reflexivamente, ter repercussões, umas vezes vantajosas, outras desfavoráveis, na esfera contígua. A contigüidade e interferência entre esferas de interesses, que se encontra, sob múltiplos aspectos, na vida de relação, impõe aos gestores das esferas contíguas no exercício da sua autonomia, limites que, numa convivência ordenada, provêm da exigência geral da socialidade.”

Não se pode admitir que uma pessoa se valha do chamado efeito relativo dos contratos para tentar justificar a sua impunidade ao instigar ou, de qualquer forma, concorrer para o descumprimento. Daí a necessidade de releitura e aprofundamento do princípio, ao menos para reconhecer a existência social do contrato e adequar a teoria contratual aos paradigmas da socialidade, da eticidade, da solidariedade e seus respectivos desdobramentos. A esse respeito, as palavras de Juan Carlos Rezzónico³⁶³:

“En verdad, el principio del efecto relativo de los contratos se concibe por la doctrina como uno de los tres pilares de la materia convencional: la libertad contractual – con su corolario constituido por el consensualismo – ; la fuerza obligatoria de los contratos, y, por último, su efecto relativo, restringiendo los alcances de lo pactado a las únicas personas que lo han convenido; todo ello con las limitaciones derivadas de profundas metamorfosis económico-sociales que han sovacado el llamado principio de la autonomía de la voluntad que, en lo que hace al tema, se evidencia el surgimiento de los contratos colectivos, aplicables a otros sujetos que los

³⁶² Betti, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN, 2003, tomo II, p. 89.

³⁶³ Rezzónico, *op. cit.*, p. 245. Igualmente, Noronha, *op. cit.*, p. 18-19.

contratantes, y en la oposición a los terceros del hecho contractual, es decir, de la situación jurídica y práctica que crea el contrato, p. ej., entre vendedor y comprador, locador y locatario – como modificación de un estado anterior -, no puede ser desconocida por los terceros: el contrato y la situación jurídica así originada es oponible a otros como hecho y por ello quien ha comprado un inmueble podrá oponer su derecho erga omnes, reserva hecha del cumplimiento de la registración (art. 2505, Cód. Civil).”

A verdadeira dimensão do efeito relativo dos contratos consiste em que a ninguém é dado criar obrigações para terceiros sem o seu consentimento. Isto não significa que o contrato é irrelevante no tecido social no qual se insere. Muito pelo contrário: o contrato importa, sim, como fato social, como fenómeno integrante da textura social em que o terceiro também está inserido e se obriga a respeitar, da mesma forma que poderia voltar-se contra ele, caso atingisse negativamente a sua esfera de direitos e obrigações.

A questão foi argutamente examinada pelo monografista português E. Santos Jr., em sua substanciosa tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa³⁶⁴:

“Ora, a susceptibilidade de lesão do direito de crédito por um terceiro – assim determinado o conceito de terceiro – é um dado que a realidade fáctica demonstra e que o Direito não poderia nunca senão valorar, em face dos valores que lhe cabe prosseguir. (...) O facto de só o devedor estar adstrito ao dever de prestar não significa que haja uma insusceptibilidade de terceiros interferirem com o crédito e que terceiros não devam abster-se de com ele interferir.”

Trata-se de uma daquelas questões em que o sentir do jurista preocupado com a função social do Direito e atento ao comando geral do *neminem laedere*, manifesta-se antes mesmo de seu raciocínio. Tal intuição

³⁶⁴ Santos Jr. E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 548-459. Segundo o jurista luso, o conceito de terceiro é relativo, sendo alguém terceiro em relação a alguém ou a alguma situação, em um dado momento e em vista de determinados efeitos e circunstâncias. Assim, é terceiro em relação a um contrato aquele que, em certo momento, devido a determinados efeitos e circunstâncias, não se enquadre no conceito de parte (*op. cit.*, p. 447-448).

aponta o caminho para a qual seus estudos e investigações devem seguir: encontrar fundamento científico-racional para o fenômeno.

Cabe distinguir entre os efeitos internos e externos (ou, ainda, indiretos, decorrentes da sua simples existência) do contrato, distinção essa que passou ao largo da doutrina tradicional que pugna pela indiferença do contrato para terceiros. Isto porque o contrato não vale simplesmente pelo efeito de vincular as partes, que é, apenas, um de seus efeitos, chamado interno ou obrigatório, regente da vinculação das partes ao avençado.

O contrato também possui um efeito externo, que decorre da sua própria existência como fato ou fenômeno social. Por apresentar essa qualidade, deve ser respeitado por todos aqueles que dele tenham (ou deveriam ter) conhecimento. Nessa linha de idéias, se bem o credor pode exigir do devedor apenas o cumprimento da prestação – daí o seu efeito relativo – pode exigir de todos um dever de abstenção e de respeito, visando a preservar a incolumidade de seus interesses.

Na doutrina italiana, essa sutil diferença já havia sido notada por Franco Carresi, ao escrever:

“(...) non sembra, considerando quella che è la posizione meramente strumentale del soggetto passivo del rapporto giuridico reale, che nei confronti di costui si possa parlare di effetti riflessi per ciò che il dovere di astensione dalla cosa altrui (che poi in realtà non è dovere di astensione dalla cosa specificamente considerata, ma è dovere di astensione della sfera giuridica altrui di cui la cosa non è parte), che incombe a lui come a ogni membro della collettività.”³⁶⁵

Também Enzo Roppo:

³⁶⁵ Carresi, *op. cit.*, tomo II., p. 681.

“Un contratto può darsi opponibile a terzi quando produce qualche effetto suscettibile di avere qualche rilevanza giuridica verso i terzi. E a vedere bene, più che di opponibilità del contratto, sarebbe appropriato parlare di opponibilità degli effetti contrattuali.”³⁶⁶

No Brasil, já no início do século XX, Clóvis Beviláqua, em toda a sua genialidade, demonstrou mais uma vez ser um homem à frente de seu tempo, ao criticar a doutrina que localiza a diferença fundamental entre direitos obrigacionais e reais, no suposto caráter relativo dos primeiros, e absoluto dos últimos. São suas as palavras³⁶⁷:

“Fugirei mesmo de atribuir aos direitos obrigacionais a qualidade de relativos, e aos reais a de absolutos, porque, debaixo de um ponto de vista geral, uns e outros são relativos, e, em atenção ao respeito em que devem ser envolvidos, não vejo séria distinção a fazer. Uns e outros devem ser acatados por todos, uns e outros podem ser, com força igual, afirmados e opostos por aqueles em favor de quem são constituídos e contra quem quer que os conteste ou perturbe.”

Embora se adote a diferenciação entre direitos absolutos e relativos no tópico acima, a verdade é que tal diferenciação refere-se à prestação principal entabulada pelos sujeitos da obrigação, não com a sua oponibilidade, com o reconhecimento da sua existência como fato social.

A relatividade dos efeitos dos contratos concerne somente aos seus efeitos internos, isto é, aos direitos e deveres que derivam do acordo, cujo cumprimento ou observância deve ser exigido apenas daquele que voluntariamente se sujeitou a tal avença³⁶⁸. Com relação ao efeito externo, decorrente de sua existência como fato social, não se pode falar em relatividade,

³⁶⁶ Roppo, Enzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 569.

³⁶⁷ Beviláqua, Clóvis. *Direito das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo, 1957, p. 22.

³⁶⁸ Mesmo neste caso, como se verá adiante, o conceito de “terceiro” sofre ulterior realinhamento, dada a possibilidade de extensão dos efeitos de um contrato àqueles que, embora não participem formalmente do contrato, tenham algum contato social com ao menos uma das partes e que justifiquem o seu tratamento diferenciado com relação aos propriamente terceiros, isto é, àquelas pessoas absolutamente alheias à própria situação jurídica criada a partir do contrato.

uma vez que o contrato assim considerado é oponível a todos que devem respeitá-lo³⁶⁹, isto é, que tenham algum contato social com o contrato.

Não é outra a lição de Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud³⁷⁰:

“... sería erróneo concluir de eso que la obligación, o derecho personal, no es un derecho oponible a los terceros: los terceros pueden tener en cuenta su existencia, y no deben desconocerla. La obligación, nazca del contrato o de la ley, es oponible a todos, a los terceros como a los obligados originarios y a sus causahabientes. El artículo 1.165 del Código civil y la regla: 'Res inter alios acta...' carecen, por lo tanto, de aplicación cuando se examina la oponibilidad de la obligación. Por eso no es preciso, en principio, distinguir, en cuanto a la oponibilidad, entre las diferentes categorías de personas frente a las cuales puede influir el contrato.”

Como bem coloca o Professor Antonio Junqueira de Azevedo, da Universidade de São Paulo, não se pretende, com o que foi até aqui exposto, revolucionar o conceito de parte no âmbito dos contratos, para o fim de que aí se incluam, sem critério, terceiros alheios à celebração do negócio. O que, todavia, não se pode admitir, é que esses terceiros possam se comportar da forma como bem entendam, sem respeitar a existência desse contrato e as situações jurídicas dele decorrentes³⁷¹.

Mais uma vez, é de Mazeaud, Mazeaud e Mazeaud³⁷² a lição:

“La oponibilidad del contrato y de la obligación no se limita al círculo de los causahabientes; se aplica igualmente con relación a terceros. En verdad, un tercero no tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación surgida del contrato, que es para él 'res inter alios acta': ni es acreedor ni se convierte en éste; tampoco podría exigir el cumplimiento de una obligación de la que la ley no lo hubiera designado como acreedor. Pero le resulta lícito alegar la existencia y el incumplimiento de una obligación considerados,

³⁶⁹ Rezzónico, *op. cit.*, p. 246.

³⁷⁰ Mazeaud et al, *op. cit.*, parte 1, v. II, p. 50-51.

³⁷¹ Azevedo, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.142.

³⁷² Mazeaud et al, *op. cit.*, parte 1, v. II, p. 52.

aquella y éste, como simples hechos. (...) La obligación es un hecho que los terceros no tienen derecho de desconocer.”

E o Professor Antonio Junqueira de Azevedo, forte na doutrina francesa, afirma que:

“a oponibilidade tem por alvo os estranhos à relação de direito que ela apresenta à sua consideração e que se denominam 'terceiros', sem dúvida para melhor marcar que as coisas jurídicas, que lhe são exteriores, não constituem, de forma alguma, negócios a eles estranhos ... a oponibilidade é a regra e a inoponibilidade, a exceção (são exceções, por exemplo, os casos em que a lei exige expressamente o registro do contrato, ‘para valer contra terceiros’).³⁷³,”

A função social do contrato mostra sua definitiva influência na matéria, ao ensejar que o contrato seja considerado como um fato social, merecedor do respeito de todos à sua volta, sejam partes ou não. É o que mostram Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullon³⁷⁴:

“Mas lo cierto es que el contrato, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del contrato en el mundo de la realidad jurídica acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los contratos ya realizados. Los contratos que se van realizando contemplan y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. El contrato, como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica, no es jamás indiferente para los terceros.”

Esta lição é proferida sob a ótica do ordenamento jurídico espanhol, cujo Código Civil declara expressamente, no artigo 1257, que “*los contratos sólo producen efecto entre las partes*”, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que, tradicionalmente, tais preceitos são tratados apenas em caráter implícito.

³⁷³ Azevedo, *op. cit.*, p. 142.

³⁷⁴ Díez-Picazo e Gullon, *op. cit.*, p. 70.

Convém lembrar, também, que a boa-fé objetiva manifesta a sua influência na matéria, como reflexo dos deveres de proteção e lealdade que devem cercar a conduta de todo indivíduo em sociedade. A conduta de instigar o contratante ao inadimplemento não se afigura leal nem parece proteger os legítimos interesses e expectativas de ninguém, a não ser os do próprio agente “alheio ao contrato”.

Trata-se, como é claro, de conduta desleal, egoísta, individualista, divorciada, a não mais poder, dos padrões sociais exigidos num ordenamento que elegeu a boa-fé objetiva como um de seus pilares e que, assim, não merece a tutela que lhe serviria de suporte.

Subjaz deste cenário a existência de um dever geral de abstenção próprio da situação jurídica decorrente do contrato enquanto fato jurídico e que manifesta a atuação pura da já versada cláusula geral do *neminem laedere*. Como lembra António Menezes Cordeiro³⁷⁵, os deveres genéricos, como o de abstenção, não assentam em relação jurídica. Pelo contrário, consubstanciam situações jurídicas passivas, sem simetria com o direito subjetivo (que se verificaria entre este e a correspectiva obrigação).

Por isso não há a necessidade de limitação subjetiva inerente ao conceito de relação jurídica, na qual uma pessoa, titular do direito, pode exercê-lo apenas *em relação* a uma pessoa, o devedor. O dever geral de abstenção atinge todas as pessoas que se colocam na situação jurídica em que se

³⁷⁵ Cordeiro, Menezes António. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, parte geral, tomo I, p. 360-361.

insere um dado contrato³⁷⁶ ou, mais especificamente, o titular de posições jurídicas decorrentes de um dado contrato.

Considerando o exposto e entendido o contrato como fato social, dotado de eficácia externa, além da interna tradicionalmente reconhecida, conclui-se pela oponibilidade do contrato a terceiros, que devem respeitar o seu conteúdo, mas apenas enquanto for merecedor de tutela jurídica.

7.2.3. OS CONTRATOS COLIGADOS: AS REDES CONTRATUAIS

A nova disciplina exigida pelos chamados contratos coligados também pode ser considerada uma manifestação da função social do contrato, conforme se passa a abordar.

O sistema das grandes codificações exerceu amplo domínio nos ordenamentos jurídicos europeus e americanos nos séculos XIX e XX, privilegiando um pensamento individualista com prevalência do aspecto patrimonial nas relações interpessoais de caráter eminentemente privado.

³⁷⁶ A utilidade teórica do conceito de situação jurídica não passou ao largo da percepção da ilustre Professora Rosa Maria de Andrade Nery, desta casa, em sua consubstanciada tese de livre docência, na qual propõe rever o critério de análise do Direito Privado: “A base teórica do direito privado tem sido formulada a partir da técnica dos direitos subjetivos. Ou seja, a lei positiva atribui ao sujeito (daí direitos subjetivos) uma esfera de liberdade que o beneficia, a partir da possibilidade de gozar de direitos que lhe dão aptidão para o desfrute de algo que a outras pessoas não se concede. O que não está dentro dessa esfera de interesse e desfrute não lhe interessa e não desperta sua atenção. O que não passar como consequência de sua conduta não lhe pode ser imputado. No sistema de situações jurídicas, o direito se realiza a partir dos fatos que situam determinada pessoa num contexto cultural para cuja existência jurídica foi necessária a inserção de sujeitos, atos, atividades, bens, patrimônios e realizações. Ocorrências diversas podem se dar, desafiando soluções, ou porque topicamente é necessário encontrar uma solução para um problema; ou porque o sujeito que vive a situação considerada se insere num ambiente cultural que sugere solução na cadência de critérios que não são os de desfrute egoístico de direitos, mas de vivência cultural e jurídica de implicações normativas.

As categorias do contrato, no *Code*, e do negócio jurídico, no BGB, impulsionaram a abstração das categorias jurídicas, gerando a impermeabilização das respectivas disciplinas às desigualdades sociais materiais, em prol da equalização meramente formal das partes. Não se indagava se as partes estavam em situação técnica e/ou econômica paritária, bastando a declaração de vontade das partes para considerar o contrato perfeito.

O aspecto material, o conteúdo dos programas contratuais, as obrigações assumidas de parte a parte e a respectiva relação de equilíbrio entre as prestações não tinham importância na análise que validava o negócio sob a ótica jurídica.

Nesse contexto, concebeu-se o sistema contratual baseado na autonomia da vontade e na patrimonialidade, voltado para a disciplina das relações contratuais simples, como a compra e venda, a locação, a prestação de serviços etc. Era essa a orientação inspiradora dos sistemas jurídicos contratuais, pensados única e exclusivamente para disciplinar os contratos enquanto entes isolados, celebrados, em sua maioria, entre dois centros de interesse, desligados da realidade à sua volta.

No entanto, esse modelo de negócio e de economia não mais representa fielmente o tráfico econômico, nem a viva realidade dos negócios celebrados no cotidiano.

Embora a primeira alteração do perfil de negócios tenha sido a contratação em massa, que deflagrou um movimento de desconstrução e de respectiva reconstrução do modelo contratual tradicional de inspiração liberal,

Sob o sistema da técnica do direito realizado a partir de situações jurídicas, é muito mais fácil compreender o sistema de responsabilidade objetiva; o sistema de direitos difusos e coletivos; a aplicação do sistema de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, ou, ainda, a função social do direito” (op. cit. p. 207).

um olhar atento sobre os contratos celebrados revela amiúde uma outra transformação, extremamente interessante: o surgimento dos contratos interdependentes, conexos ou das redes contratuais.

Na doutrina francesa³⁷⁷, fala-se em *group de contrats* para identificar esse fenômeno, ao passo que, na doutrina italiana, pode-se encontrar a expressão *collegamento negoziale* para designar a união de contratos por um nexo de interdependência³⁷⁸. Na Argentina, a doutrina fala em *contratos conexos*, expressão empregada por Jorge Mosset Iturraspe, autor de uma monografia sobre o tema³⁷⁹. E, também, em *redes contractuales*, preferida por Ricardo Luiz Lorenzetti³⁸⁰.

Já em meados do século XX, Francesco Messineo destacava a larga influência do fator sócio-econômico no estudo da matéria, ensinando que o chamado “*collegamento in senso giuridico, fa riscontro la connessione e, qualche volta, l’unità d’interessi economici*.”³⁸¹,

O fenômeno, cuja existência não se pode negar, decorre da própria observação dos fatos sociais e não de uma formulação jurídica teórica e abstrata. A cada dia são mais comuns as situações nas quais uma única operação econômica, inatingível por meio dos esquemas apriorísticos da teoria contratual

³⁷⁷ Terré *et al*, *op. cit.*, p. 66.

³⁷⁸ Bianca, *op. cit.*, p. 454. São as palavras do autor: “*In generale più contratti si dicono collegati quando sussiste tra di essi un nesso di interdependenza*”.

³⁷⁹ Iturraspe, Mosset Jorge. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos. passim*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

³⁸⁰ Lorenzetti, *op. cit.*, p. 23-58.

³⁸¹ Messineo, Francesco. *Il contratto genere*. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1972, p. 722. Aliás, essa mesma observação justifica, como se verá adiante, a relevância do estudo da causa na investigação dos contratos coligados.

clássica, ou, ainda, pela simples vontade das partes, se vê concluída por meio da celebração de diversos contratos³⁸².

Como agudamente lembrou Emilio Betti³⁸³,

“o problema, posto em termos rigorosamente jurídicos, consiste em ver quando e porque se deve reconhecer tratar-se de um negócio único com pluralidade de declarações, e quando, pelo contrário, nos encontramos perante uma multiplicidade de negócios, ligados numa fattispécie complexa, por nexos que não excluem o valor de cada um deles.”

E, mais adiante, o grande professor italiano³⁸⁴ esclarece:

“Perante uma pluralidade de declarações conexas, há que distinguir se a cada uma delas se ligam, como efeitos próprios e independentes, os efeitos jurídicos que correspondem ao seu destino, ou se esses efeitos só estão ligados ao completo das declarações assim reunidas. Na primeira hipótese, estamos perante vários negócios ligados; na segunda, temos um negócio unitário, que consta de diversas declarações complementares umas das outras.”

Quando se estiver perante contratos coligados, eles estarão, como revela a própria denominação, intrinsecamente relacionados, embora existam por si mesmos como operações jurídicas completas. Contratos coligados são pensados para existir em conjunto, enquanto partes de um sistema dotado de uma causa supracontratual ou sistêmica, que se sobrepõe à causa de cada um dos contratos, não raro envolvendo até mesmo partes distintas.

Embora cada um dos contratos tenha vida própria, estão ligados por um vínculo de interdependência que exige a integração das partes

³⁸² Terré *et al*, *op. cit.*, p. 66; Lorenzetti, Ricardo Luiz. *Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*. In: Revista de Direito do Consumidor 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1998, p. 27.

³⁸³ Betti, *op. cit.*, p. 134.

³⁸⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 135.

para atingir o seu objetivo comum. Existem como peças integrantes de um conjunto maior, dotado de real sentido apenas enquanto analisadas dinamicamente todas as peças, as quais atuam única e exclusivamente com vistas à ultimação daquela mesma operação econômica.

Daí exsurge outra manifestação da importância do estudo da causa no Direito Privado brasileiro, que tão pouca atenção tem merecido. Embora não seja esta a sede para aprofundar os debates de tão intrincado e desafiante assunto, basta lembrar a relevância da causa para a correta qualificação do negócio jurídico e, portanto, também do contrato.

Sobre a matéria, Luciano de Camargo Penteado³⁸⁵, um dos autores brasileiros modernos que mais tem se dedicado ao assunto, explica:

“certos e determinados elementos, pertinentes de maneira preferencial a certos e determinados negócios jurídicos obrigacionais, podem, mediante uma combinação real diferente daquela habitualmente praticada pelos operadores, alterar sua estrutura a tal ponto que não sejam mais aquele contrato que se nomeou em instrumento ou em reiteração da operação em mercado daquele modo.”

Mais adiante, aproximando o seu estudo do quanto interessa ao presente trabalho, o autor destaca que, prendendo-se as prestações oriundas de negócios distintos a uma mesma teia, voltada para um mesmo fim, configura-

³⁸⁵ Penteado, Camargo Luciano de. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. In: Cunha, Alexandre dos Santos (coord.). *O direito da empresa e das obrigações e o novo código civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 249. O autor analisa, dentre outros temas periféricos, o papel da causa na qualificação dos negócios jurídicos obrigacionais. Parte do exame dos notórios julgamentos a respeito da cobrança antecipada do Valor Residual Garantido em contratos de arrendamento mercantil. A esse respeito, o autor destaca a mudança (retrocesso, para o autor) de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que editou a súmula n.º 263, segundo a qual “a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação” para, mais além, substituí-la pelo enunciado sumulado sob o n.º 293, diametralmente oposto. A indagação a ser respondida pelo Tribunal, em cada um dos casos, poderia ser enunciada da seguinte forma: o fato de o VRG ser cobrado antecipadamente, inviabilizando, na prática, a “opção” por comprar ou não o bem ao final do contrato, que permanecia apenas formalmente, descaracterizaria o

se a unidade econômica, típica das redes contratuais ou dos contratos coligados³⁸⁶.

Para a fixação de tal assertiva, recorre-se ao conceito de causa final, que também está por trás das lições de Emilio Betti, ao destacar a unidade do conteúdo econômico-social, ou prático-social, para configurar a coligação negocial. São as palavras do mestre³⁸⁷:

“O seu nexo de recíproca interdependência, ou de dependência unilateral [refere-se ao nexo entre negócios jurídicos], pode, antes de mais nada, resultar, objetivamente, do próprio conteúdo econômico-social do respectivo regulamento de interesses. (...) Nas relações entre as partes, quando a regulamentação de interesses que se teve em vista com os dois negócios seja concedida como uma unidade econômica, basta esse nexo funcional para fazer com que o desenvolvimento e as vicissitudes de um dos negócios se repercutam sobre o negócio a ele ligado. Pode acontecer que, mesmo sem haver uma ligação objetiva, apenas por disposição das partes, dois negócios, tendo cada um deles uma fisionomia própria e um caráter específico, estejam ligados, numa comum subordinação funcional, a uma causa complexa, que abraça num nexo sinalagmático as prestações e as contraprestações estabelecidas num e noutro.”

Com isso, retoma-se a noção de causa supracontratual como algo diverso daquela causa final de cada um dos contratos ou negócios individualmente considerados. A causa supracontratual é sistêmica, só compreensível mediante a observação de todas as peças e engrenagens que integram o sistema contratual, considerando-se todas as relações aparentemente independentes, mas colocadas em conexão multímota e indissociável.

leasing e o transformaria em compra e venda? Inicialmente, a resposta foi positiva, tendo sofrido um revés com a edição da súmula n.º 293.

³⁸⁶ Penteado, *op. cit.*, p. 258-259.

³⁸⁷ Betti, *op. cit.*, p. 137-138.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, já em 1976, brindou a cena jurídica brasileira com uma lição de modernidade, ao proferir o seguinte aresto:

“Contrato atípico misto. Acórdão que considera constituírem contratos de compra e venda e comodato ‘uma unidade essencial’, apesar do seccionamento puramente formal do negócio jurídico. Descumprimento do contrato - condenação a multa com exclusão de perdas e danos. Redução da multa - inexistência de dissídios com julgado que não a reduziu em caso de obrigação negativa descumprida. Recurso extraordinário conhecido em parte e não provido.”³⁸⁸,

Invocando explicitamente a função transformadora da causa nos contratos, o E. Ministro Relator, Rodrigues Alckmin, anota com percuciência:

“O comodato é contrato só benéfico ao comodatário, sendo sua destinação nuclear prestar comodidade a essa parte através do uso de certos bens. O que faz antinômica, paradoxal, intimamente contraditória e desvirtuadora da natureza essencial desse contrato, cláusula que puna o comodatário por dar-lhe fim. Impõe-se, pois, inelutavelmente, ver o comodato em causa apenas como um instrumento, um meio para a realização material do contrato de compra e venda, com exclusividade, dos produtos da autora, cuja comercialização não pode prescindir das instalações emprestadas, o que, aliás, vem absolutamente claro no contrato de f. 11 (cláusulas II e III). Ora, se o complexo dos bens emprestados representa somente o meio necessário à execução do contrato de compra e venda dos produtos da autora, absolutamente lógico que a rescisão do comodato, por culpa da ré, nenhum significado tem em si, economicamente; o que tira sentido à previsão de multa contra a comodatária se visto esse contrato isoladamente. Em desdobramento, vamos encontrar o real sentido da multa naquilo que exprime a perda, pela autora, da condição material indispensável a alcançar o resultado econômico regulado no outro setor desse complexo contratual: a compra e venda.”³⁸⁹,

³⁸⁸ RE n.º 79562/SP 1.ª Turma, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, J. 10.2.1976, DJ 26.3.1976, RTJ VOL 77/3, p. 884.

³⁸⁹ Revista Trimestral de Jurisprudência n.º 77/3, p. 885-886.

Nessa esteira, são cada vez mais freqüentes as associações de empresários de distintos ramos de atividade, sobre uma figura jurídica una, como as *joint ventures*, sobre a forma de grupos econômicos ou, ainda, sob a forma de simples associação de empresas diferentes, no intuito de buscar forças para incrementar as respectivas atuações num mercado cada vez mais competitivo e exigente. Essas redes de contratos, ou contratos coligados, embora formalmente consistam de negócios distintos, não raro envolvendo partes distintas, visam à consecução de uma finalidade comum que se revela na causa supracontratual ou sistêmica.

Para dar corpo jurídico a tais conclusões extraídas da simples observação empírica da realidade social, surge a função social do contrato em toda a sua plenitude, portadora que é da idéia da funcionalização da teoria contratual aos reais anseios sociais, aos padrões estabelecidos e prestigiados pelo homem enquanto ser gregário e sufragados no tráfico jurídico.

Além daquele já mencionado no aresto do Pretório Excelso, outros exemplos desta situação são comuns no dia-a-dia, como o da rede de lojas de eletrodomésticos que se associa a uma instituição financeira para, mediante o pagamento de comissão, obter melhores condições de crédito ao consumidor.

Ao fornecedor dos equipamentos, toca o incremento das vendas por meio da facilidade de crédito e o benefício do recebimento do preço à vista. Ao fornecedor do crédito, toca a obtenção de novos clientes, com a ampliação da respectiva carteira. Se trabalhasse sozinha, isolada, cada uma das partes não conseguiria obter essas vantagens, ao menos com a mesma eficácia. Daí a vantagem da associação.

Sob a ótica do adquirente, a venda do eletrodoméstico é oferecida junto com as mais diversas formas de financiamento. De modo que, depois da compra, o consumidor terá aberto uma linha de crédito junto à instituição financeira e, ao mesmo tempo, adquirido um bem, ficando obrigado ao pagamento das parcelas mensais do financiamento.

Nota-se que, num único ato de adquirir um simples eletrodoméstico, o adquirente se vê envolto em diversas situações jurídicas relacionais, objeto de contratos distintos, embora todos celebrados no mesmo local e momento, e resultantes da mesma operação econômica: venda do eletrodoméstico e seu financiamento. Surge, neste caso, uma causa supracontratual, tão palpável quanto o próprio bem adquirido e que marca indelevelmente a disciplina jurídica de regência desse conjunto de relações.

O jurista deve enfrentar a questão com o espírito aberto, livre do ranço individualista impregnado nos cultores da teoria contratual clássica. Exige uma nova abordagem, empreendida por uma mente permeável à interdisciplinaridade e à observação atenta da realidade social, da qual, insiste-se, o Direito não se pode divorciar.

Obviamente, não se pode dispensar aos contratos coligados o mesmo tratamento dispensado aos contratos simples. Trata-se de uma situação na qual a finalidade econômica única e a realidade social não podem escapar à análise crítica do jurista, para não fazer da realidade jurídica uma fórmula artificial, anacrônica e deslocada de qualquer contexto.

As regras de interpretação, integração, execução etc., só para mencionar algumas, não podem ser aquelas utilizadas na análise de um mero

contrato de compra e venda instantânea, com pagamento à vista. Cada um desses contratos interdependentes representa uma porção de um sistema maior, e não diversas realidades isoladas e estanques.

A conexidade contratual cria conjuntos de direitos, obrigações e deveres próprios da união estrutural e estabelece, ainda, um complexo dotado de ordem e união entre cada uma de suas partes, que deve ser considerado em qualquer análise jurídica.

As vicissitudes verificadas em um contrato podem – e geralmente é isso que ocorre – influenciar a dinâmica de outro contrato conexo, pelo simples motivo, insiste-se neste ponto, de que cada um deles não existe, a não ser como parte do conglomerado contratual em sua totalidade orgânica.

Interessa, então, saber como acontece esse fenômeno e, embora não se pretenda aqui exaurir a matéria, estabelecer como se dá a vinculação dos contratos interdependentes, bem como as características inerentes a essa interdependência.

Destaque-se, desde logo, que a unidade dos contratos integrantes de um determinado sistema surgido de uma rede contratual exige a averiguação dos seguintes requisitos: conexão entre os contratantes, causa supracontratual e propósito comum³⁹⁰. No entanto, todos eles são imbricados, de modo que o seu estudo não pode ser feito individualmente.

E, como já foi dito, as redes contratuais caracterizam-se pela existência de uma causa maior, a partir da qual derivam todos os contratos

³⁹⁰ Leonardo, Rodrigo Xavier. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.832, 2005, p. 103.

individualmente considerados. Não podendo (ou não convindo a quem quer que seja) ser essa causa atingida por meio de um único contrato, diversos são celebrados, embora todos eles visem à consecução daquele objetivo inicial das partes. Fala-se, então, da causa supracontratual, distinta da causa de cada um dos contratos que integram a rede e que, realmente, define a operação econômica, contrastante com cada uma das operações jurídico-formais. A causa supracontratual³⁹¹ envolve o interesse das partes, que não equivale à mera soma dos interesses retratados em cada um dos contratos coligados.

Nas redes de contratos, o interesse e a causa extrapolam o plano do contrato, situando-se no plano da operação como vislumbrada pelas partes³⁹². Os contratos coligados são meros instrumentos funcionalizados, postos à disposição dos envolvidos para a consecução de tal causa e de tal interesse, desde que lícitos e dignos de tutela (dotados de *meritevolezza*). A função prático-social de cada contrato diverge da função prático-social da própria rede de contratos.

Como bem destaca o Ministro Ricardo Luiz Lorenzetti³⁹³, da Suprema Corte Argentina, verifica-se nas redes contratuais uma “*finalidad economico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma se afecta todo el sistema y no solo un contrato*”.

Cria-se, então, uma atmosfera que envolve a operação econômica empreendida, cercando todas as partes dos distintos contratos. Embora não sejam todas as pessoas envolvidas partes nos mesmos contratos, elas o são no sistema criado pela rede contratual. Ou seja, todas as partes são

³⁹¹ Ou causa sistemática. *Idem, ibidem*, p. 103.

³⁹² Lorenzetti, *op. cit.*, p. 33; Bianca, *op. cit.*, p. 455.

³⁹³ Lorenzetti, *op. cit.*, p. 34.

personagens distintas, apesar de atuarem num mesmo palco e no mesmo espetáculo.

Portanto, essas partes não podem ser consideradas alheias aos eventos dados nos contratos, nos quais formalmente não figuram. Comungam do mesmo interesse e colaboram para a mesma causa sistêmica, justificando assim a extrapolação dos efeitos relativos do contrato para esse fim.

Essa atmosfera impõe uma releitura dos conceitos tradicionais de “parte” e de “terceiro” nos contratos, de acordo com o enfoque ora proposto. Essa necessidade não passou despercebida por Teresa Negreiros³⁹⁴, que agudamente põe em evidência o estreito nexos histórico entre a autonomia da vontade e o efeito relativo dos contratos.

Num sistema voluntarista, no qual a vontade ocupa uma posição de primazia entre os fundamentos do contrato, não surpreende a rígida determinação da doutrina segundo a qual só aquele que manifestou a sua vontade pode estar sujeito aos efeitos de um determinado vínculo contratual.

“Parte” seria, assim, aquele cuja vontade deu origem ao contrato, enquanto seria “terceiro” todo aquele cuja vontade fosse estranha à formação desse mesmo contrato³⁹⁵. Eis a única definição aceitável, pelos moldes da doutrina voluntarista do Direito contratual, fundada na autonomia da vontade.

Ocorre que a funcionalização do contrato aos padrões e necessidades sociais, impulsionada pelo desenvolvimento das relações humanas, significa justamente a tendência de distanciamento do modelo voluntarista.

³⁹⁴ Negreiros, *op. cit.*, p. 212-233.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 218.

Exige-se, pois, uma distinção entre “parte” e “terceiro”, que não veja na vontade a sua *summa divisio*, isto é, que considere também outros fatores³⁹⁶.

Após noticiar minuciosamente o debate havido na doutrina francesa, entre Jacques Ghestin, Jean-Luc Albert e Catherine Guelfucci-Thibierge, Teresa Negreiros destaca a concordância entre eles, quanto à necessidade dessa mesma releitura aqui mencionada³⁹⁷.

A ilustre jurista concorda com o alargamento do conceito de parte, ao influxo da alteração do fundamento da força obrigatória dos contratos, que deixa de ter o seu eixo central no acordo de vontades e passa a vislumbrá-lo na própria lei. Por isso, parte seria toda aquela pessoa submetida ao efeito obrigatório do contrato, por força de sua vontade ou por força da lei³⁹⁸.

Em síntese, as redes contratuais ou os contratos interdependentes põem em xeque a construção dogmática do efeito relativo dos contratos, bem como a formulação apriorística dos tipos contratuais, exigindo dos juristas um esforço de revisão de conceitos vetustos.

A função social do contrato exsurge, nesse cenário, como fator de impulso da nova disciplina jurídica, flexível e adaptável ao fenômeno em pauta, proporcionando assim uma análise que considere a realidade social que permeia o(s) contrato(s) e os vasos comunicantes criados pelo tráfico jurídico, especialmente entre os contratos coligados.

³⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 220-221.

³⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 223-226.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 224-225.

7.2.3.1. AS DIVERSAS FORMAS DE VINCULAÇÃO ENTRE OS CONTRATOS

Estabelecida a possibilidade de existir vínculos entre os contratos, que possam causar alterações na disciplina jurídica aplicável, impõe analisar quais são as formas pelas quais esse vínculo se pode manifestar.

Em Portugal, Inocêncio Galvão Telles classifica os contratos coligados de acordo com o nível estrutural de união³⁹⁹. Fala, assim, em união externa para contratos ligados por meras circunstâncias de fato, como terem sido celebrados na mesma ocasião, sem ostentar, por isso, qualquer nexo de dependência⁴⁰⁰.

Fala, outrossim, em união alternativa para aqueles contratos celebrados para valer alternativamente, isto é, será considerado celebrado um ou outro, ao sabor das condições definidas pelas partes. A ligação efêmera não caracteriza propriamente dependência⁴⁰¹, pois não haverá vigência simultânea, nem mesmo seqüencial.

Por fim, o mestre português fala em união com dependência, para designar o vínculo que une contratos celebrados no âmbito de uma mesma operação econômica. A dependência pode ser unilateral ou bilateral, conforme seja ou não recíproca⁴⁰².

Na Itália, Francesco Messineo prefere classificar os diversos tipos de relação entre contratos em *collegamento unilaterale (subordinazione)*

³⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 87-89.

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 87.

⁴⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 89.

⁴⁰² *Idem ibidem*, p. 88-89.

ou *bilaterale (coordinazione)*, chamando esta última também de *reciprocità*. Segundo o jurista italiano, o *collegamento bilaterale* pressupõe que as partes de ambos os contratos sejam as mesmas, ao passo que no *collegamento unilaterale* os contratos podem ter apenas uma parte comum⁴⁰³.

Outra distinção cunhada por Messineo consiste nos chamados *collegamento genetico* e *collegamento funzionale*⁴⁰⁴. O autor explica que o primeiro caracteriza-se pelo influxo exercido por um contrato na formação do outro. Já o segundo distingue-se pela influência mútua exercida nas respectivas fases de desenvolvimento dos contratos, isto é, durante a vida de cada um deles, sem se limitar ao correspondente surgimento dos vínculos.

Considerando-se que no *collegamento genetico* a influência do primeiro contrato deixa de existir tão logo o segundo se aperfeiçoe, apenas o *collegamento funzionale*, de caráter permanente, poderia ser considerado verdadeiramente coligação contratual⁴⁰⁵, segundo o jurista italiano.

A classificação pugnada por Messineo também se distingue daquela pretendida por Galvão Telles ao destacar o *collegamento necessario*, imposto por força de lei do *collegamento volontario*, exclusivamente decorrente da autonomia privada⁴⁰⁶.

Outra proposição inovadora pode ser vista em Ricardo Luiz Lorenzetti e em C. Massimo Bianca. Para esses autores, o vínculo de interdependência entre os contratos pode ser voluntário, estabelecido pela vontade das partes, ao subordinar a sorte de um contrato à sorte de outro; ou

⁴⁰³ Messineo, *op. cit.*, p. 724-725.

⁴⁰⁴ *Idem ibidem*, p. 725.

⁴⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 725-726.

⁴⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 726.

funcional, quando decorre da própria comunhão de causa, da existência da chamada causa supracontratual, respondendo ao significado objetivo da operação⁴⁰⁷.

Na doutrina brasileira, Orlando Gomes⁴⁰⁸ adota a classificação vista em Galvão Telles, o mesmo ocorrendo com Waldírio Bulgarelli⁴⁰⁹. Já José Virgílio Lopes Enei, em trabalho mais recente, aproxima-se de Messineo, classificando os vínculos intercontratuais quanto à reciprocidade (dependência unilateral ou bilateral), fundamento (necessários ou consensuais), extensão (genética ou funcional)⁴¹⁰, natureza (horizontal ou vertical)⁴¹¹.

A distinção da classificação, encontrada no artigo de José Virgílio Lopes Enei, refere-se à análise da finalidade do vínculo, em que os grupos contratuais podem dividir-se em contratos de associação ou de mera delegação⁴¹².

7.3. OPOSIÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO EM CONTRATOS COLIGADOS

Fala-se, comumente, na existência de um contrato sinalagmático como requisito para a oposição da exceção de contrato não cumprido. Não obstante, como já se pode vislumbrar neste ponto da exposição, não se deve

⁴⁰⁷ Lorenzetti, *op. cit.*, p. 455.

⁴⁰⁸ Gomes, *op. cit.*, p. 104-105.

⁴⁰⁹ Bulgarelli, Waldírio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 91-92.

⁴¹⁰ Enei, José Virgílio Lopes. *Contratos coligados*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 132, p. 116-117.

⁴¹¹ Equivale à classificação entre contratos principais/acessórios e contratos em pé de igualdade.

⁴¹² Enei, *op. cit.*, p. 116-117.

afastar de plano a idéia do cabimento da aludida exceção no âmbito do sistema criado pelos contratos coligados, isto é, pelas redes contratuais.

Cabe aqui retomar o exemplo, bastante simples, do consumidor que, para adquirir um eletrodoméstico, dirige-se a uma loja, onde lhe é oferecida a possibilidade de financiar a compra em condições mais vantajosas com uma empresa “parceira” da loja.

Suponha-se, ainda, que o consumidor celebre o contrato de compra e venda com a loja, e o contrato de empréstimo com a sua “parceira”. Como resultado, a loja recebe o pagamento à vista e a sua “parceira” amealha novo cliente, de quem receberá o pagamento em parcelas, acrescidas de juros. Daí advém o lucro de sua atividade empresarial (fornecimento de crédito).

Pois bem. Suponha-se, por fim, que a loja de eletrodomésticos descumpra a obrigação de entregar o bem adquirido na data apazada e que, nada obstante, fiel ao quanto com ela contratado, a “parceira” inicie a cobrança das parcelas devidas pelo consumidor. A “parceira” estará, assim, confortavelmente “alheia” ao inadimplemento da loja de eletrodomésticos. Afinal, diz a doutrina clássica, trata-se de empresas e contratos distintos e que, sendo pessoais os direitos postos em causa, vige o princípio *res inter alios acta tertio nec nocet nec prodest*.

Será admissível a posição adotada pela “parceira”, neste caso? Considerando-se os paradigmas da boa-fé e da função social do contrato, quer parecer que o Direito deva socorrer (*rectius*: prover os meios para que se socorra) a posição do adquirente não contemplado com a entrega do bem e, ao mesmo tempo, cobrado pelas parcelas do empréstimo que tomou para efetuar o

pagamento.

Essa possibilidade já é admitida pela doutrina italiana. Confira-se:

“Ai contratti collegato si applicano pertanto le regole della nullità parziale, per cui l’invalidità di un contratto può comportare l’invalidità degli altri che ad essi sono collegati; dell’impossibilità parziale sopravvenuta, per cui l’impossibilità di esecuzione di un contratto può comportare la risoluzione degli altri contratti; dell’inadempimento parziale, per cui l’inadempimento di un contratto può comportare la risoluzione anche degli altri contratti; dell’eccezione d’inadempimento, per cui l’inadempimento di un contratto può legittimare la parte a non eseguire gli altri contratti.^{413,,}

Não é diferente na Argentina, conforme o entendimento de Juan Carlos Rezzónico. *Verbis*:

“Como vemos – dicho en general – la palabra sinalagma alude a una relación de interdependencia que vincula a las recíprocas obligaciones o prestaciones de las partes, aunque también se ha considerado bajo este aspecto el caso de que sean contratos (o negocios) los que se vinculan.^{414,,}

Porém, embora a noção repouse no inconsciente, como, aliás, a própria noção da exceção de contrato não cumprido, insta saber em quais condições admite-se a oposição da exceção substancial em análise nos contratos coligados.

É que os conceituados doutrinadores citados não abordam com mais profundidade a forma como se daria essa incidência da exceção de contrato não cumprido em tais situações. Nisso consiste a proposta para o tópico que ora de descortina.

⁴¹³ Bianca, *op. cit.*, p. 457-458.

⁴¹⁴ Rezzónico, *op. cit.*, p. 326-327.

A maneira mais precisa de enfrentar tal tarefa consiste em investigar se e em que condições estariam presentes os requisitos legitimadores da exceção, quando se fala em contratos coligados ou redes contratuais. Apenas para relembrar, os requisitos são: vínculo sinalagmático, coetaneidade das prestações, inadimplemento e boa-fé do excipiente.

Com relação à coetaneidade das prestações e à boa-fé, está claro que nada impede a sua caracterização no âmbito de contratos interdependentes, já que independem da estrutura contratual. Tanto em contratos isolados, quanto nos coligados, é possível falar em prestações coevas, bem como em boa-fé objetiva dos contratantes.

Também pode-se falar de inadimplemento nas redes contratuais. A única ressalva cabível consiste em que o inadimplemento da obrigação derivada de um contrato poderia afetar o equilíbrio de um outro, àquele coligado, ou, mais especificamente, de todo o sistema contratual. No entanto, essa questão está umbilicalmente ligada a uma outra, que a precede: seria possível instaurar-se o vínculo sinalagmático entre contratos interdependentes, isto é, no âmbito do sistema criado pela rede contratual?

O ponto central para a investigação que se pretende empreender reside, então, no requisito do vínculo sinalagmático, em especial no fato de a sua caracterização ser possível (ou não) entre contratos formalmente distintos, mas materialmente unidos pela lei, pela natureza do negócio ou pela simples vontade das partes.

Deve ficar claro, desde o início, que, não configurando propriamente coligação contratual, os casos de dependência instrumental ou circunstancial e alternativa fogem à investigação desenvolvida neste tópico, que se dedica especialmente à hipótese de união com dependência.

Nos casos de coligação contratual com dependência, seja de subordinação (unilateral), seja de coordenação (bilateral ou recíproca), a exceção de incompetência terá incidência quando as prestações em cotejo estiverem colocadas, pela lei, pela natureza do negócio ou pela vontade das partes, em posição de causa recíproca.

É que, configurada a causa supracontratual como fator de união entre os contratos, o conseqüente equilíbrio sistemático-contratual faz surgir o vínculo sinalagmático supracontratual, que serve para ordenar as prestações, os direitos, as obrigações, os deveres e os interesses atribuíveis a cada uma das partes no delicado ecossistema da rede contratual.

Esse parece ser o entendimento de Ricardo Luiz Lorenzetti, que recorre apenas ao conceito de correspectividade entre as prestações, como suficiente para ensejar um vínculo sinalagmático nos termos aqui propostos:

*“Por ello entendemos que hay que hablar de una ‘correspectividad bilateral’ y de una ‘correspectividad sistemática de las prestaciones’. Esta última debería ser entendida como la reciprocidad existente entre lo que cada uno de los integrantes del sistema paga y lo que el sistema puede satisfacer de acuerdo con su racionalidad económica. (...) El incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que es perceptible una repercusión en el sistema.”*⁴¹⁵

⁴¹⁵ Lorenzetti, *op. cit.*, p. 38-39. O autor recorre a um caso específico de desequilíbrio do sistema contratual no âmbito dos chamados planos de saúde. Não obstante, o ensinamento tem latitude genérica, sendo aplicável a qualquer situação análoga.

Nada obstante, será muito mais corriqueira, evidentemente, a situação em que o nexu intercontratual é de coordenação ou dependência recíproca. Isto porque, nessas situações, será muito mais fácil configurar um nexu também entre as prestações e contraprestações que compõem o cerne da relação contratual.

Por fim, e retomando a discussão a respeito do alargamento do conceito de terceiro nos contratos, deve-se destacar que a exceção de contrato não cumprido poderá ter incidência nos contratos coligados, mesmo que não estejam envolvidas exatamente as mesmas partes em todos os contratos.

Com efeito, já foi dito que houve um estreitamento da linha distintiva entre partes e terceiros na moderna teoria contratual. Isto acontece devido à crescente complexidade das relações interpessoais, com natural expressão nas relações contratuais, que cada vez mais se aproximam e muitas vezes se sobrepõem, imbricando-se claramente.

Nesse contexto, o terceiro não deve mais ser considerado aquele que simplesmente não participou da celebração do contrato e que dele não fez parte devido a evento posterior (sucessão, cessão da posição contratual etc.). Terceiro, mais corretamente, é apenas aquele que não guarda qualquer vínculo, isto é, não tem nenhum ponto de tangência ou mesmo de proximidade com a relação contratual considerada. Da mesma forma, parte não é apenas aquela pessoa, física ou jurídica, que declara a sua vontade de participar de um determinado negócio jurídico, mas sim também aquele cuja participação a lei, ou a natureza do negócio, assim determina.

No Brasil, é o que ocorre com os contratos coligados, em que,

embora uma parte seja comum, as outras sofrem alguma variação (ao menos sob o ponto de vista formal), mesmo estando associadas, de alguma forma e em algum nível, e visando a um objetivo comum. O exemplo do adquirente do eletrodoméstico demonstra claramente esta situação.

Por força do artigo 421 do Código Civil, esses supostos terceiros recebem um tratamento diferenciado. E, mesmo que formalmente não tenham passado a fazer parte do contrato integrante da rede contratual, passam a ser considerados, no mínimo, terceiros qualificados, revestidos dos deveres ínsitos da qualidade de parte. Dentre tais deveres, ressalta-se o de se abster de violar o direito de crédito e, no caso em tela, o de reconhecer que o inadimplemento daquele que figura como parte no outro contrato justifica o encobrimento da eficácia de sua pretensão contra o consumidor, desde que haja rompimento do equilíbrio supracontratual.

Aliás, isso já vem ocorrendo de há muito na Alemanha, em que o labor jurisprudencial, calcado na cláusula geral de boa-fé inserta no § 242 do BGB, fixou a eficácia de certos contratos para além do restrito círculo das partes. Trata-se dos contratos com eficácia de proteção para terceiros (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*). As cortes germânicas extrapolaram o âmbito de eficácia imposto pelo princípio da relatividade, expandindo a responsabilidade, ou a imputabilidade, a todos aqueles que têm algum tipo de relação com qualquer das partes, uma espécie de contato social, que assim se colocam sob o manto do contrato como fato social⁴¹⁶.

Ainda na Alemanha, o mesmo ocorreu nas vendas a crédito (*Abzhalungskauf*) feitas por meio da concessão de recursos de uma instituição financeira ao consumidor. A situação foi positivada pela lei de 17.12.1990,

⁴¹⁶ Santos Jr., *op. cit.*, p. 166-167.

relativa aos créditos aos consumidores (*Verbraucher kreditgesetz*)⁴¹⁷. Da mesma forma, a Diretiva 87/102/CEE, do Conselho de 22.12.1986, relativa à aproximação das disposições legais regulamentares e administrativas dos Estados Membros da União Europeia em matéria de crédito ao consumo⁴¹⁸, em seu artigo 11, garante ao consumidor colocado na situação já tantas vezes imaginada o direito de, diante do inadimplemento do fornecedor do bem adquirido, argüir o inadimplemento perante o financiador⁴¹⁹.

No Brasil, a despeito da escassez de precedentes sobre a matéria, deve-se destacar a sempre salutar atuação do Ministro (aposentado) do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Jr., tão alinhado com as novas tendências do Direito Privado. Dessa atuação, ressalta-se o julgamento do

⁴¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 171-172.

⁴¹⁸ DOCE, n.º 42, de 12.2.1987, p. 48-53.

⁴¹⁹ “Artículo 11

1. Los Estados miembros garantizarán que la existencia de un contrato de crédito no afecte en modo alguno los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro.

2. Siempre que:

a) para comprar bienes y obtener servicios, el consumidor concierte un contrato de crédito con una persona distinta del proveedor de dichos bienes o servicios; y

b) entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor para la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último; y

c) el consumidor a que se refiere la letra a) obtenga el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado; y

d) los bienes o servicios objeto del contrato de crédito no sean suministrados o lo sean parcialmente, o no sean conformes al contrato de suministro; y

e) el consumidor haya reclamado contra el proveedor pero no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho, el consumidor tendrá derecho a dirigirse contra el prestamista. Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercer dicho derecho.

3. El apartado 2 no se aplicará cuando la transacción individual de que se trate sea de una cantidad inferior al equivalente de 200 ECUS.”

A posição da jurisprudência brasileira também pode ser reconduzida, em essência, ao mesmo posicionamento já visto no Direito alemão e nas diretrizes comunitárias europeias de que se tratou acima. Confira-se: “*CONTRATO – Financiamento destinado à compra de equipamento de informática – Bem, objeto dessa compra não entregue ao comprador em virtude do desaparecimento da empresa vendedora, conforme registrado em boletim de ocorrência – Ação visando à anulação do financiamento por perda da causa que o originou – Admissibilidade – Existência no caso de contratos coligados economicamente, integrantes de um mesmo e único negócio, não tendo se concretizado a compra e venda pedida pelo autor, por não ter sido o bem objeto dessa compra entregue ao comprador e não ter sido provada a emissão da respectiva nota fiscal, conforme previsto na Lei n.º 5.474/68, art. 1.º. Financiamento que, ademais, somente é feito perante estabelecimentos comerciais credenciados pela financeira conforme previsto no respectivo contrato padrão – Responsabilidade da instituição financeira configurada – Art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, também aplicável no caso – Alegação de ter havido o repasse do financiamento à vendedora que não a socorre – Anulatória procedente – Recurso do autor provido*”

Recurso Especial nº. 419.362/MS, do qual foi designado relator para acórdão, em razão de ter quedado vencido o relator originário, o Ministro César Asfor Rocha:

“CONTRATOS COLIGADOS. Exceção de contrato não cumprido. Prova. Cerceamento de defesa. Arrendamento de gado. 'Vaca-Papel'. Contrato de permuta de uma gleba rural por outros bens, incluído na prestação o arrendamento de 600 cabeças de gado. Sob a alegação de descumprimento do contrato de permuta, faltando a transferência da posse de uma parte da gleba, o adquirente pode deixar de pagar a prestação devida pelo arrendante e alegar a exceptio. A falta de produção da prova dessa defesa constitui cerceamento de defesa. Recurso conhecido em parte e provido. Voto vencido do relator originário.⁴²⁰”

O seguinte trecho do voto vencedor, proferido no julgamento do recurso especial acima citado, merece transcrição:

“O r. acórdão admitiu que [as partes] deixaram evidente que os semoventes foram adquiridos pelos arrendados aos arrendatários como parte do pagamento da permuta feita entre eles em 17 de outubro de 1989. Embora a egrégia Câmara tenha afirmado que disso não se poderia extrair a vinculação entre os contratos, deve-se convir que essa conclusão decorre da qualificação jurídica a eles atribuída, e assim pode ser revista na via especial. Acredito que um contrato feito para pagamento de outro está vinculado a este outro de modo indissociável, por mais que se queira negar esse laço, e se em um existe o inadimplemento, parece bem evidente que esse fato influi sobre o outro contrato, que dele era consequência e que pressupunha o pagamento do primeiro. Quero dizer: se o segundo contrato é celebrado como parte do pagamento do primeiro, o inadimplemento deste autoriza a exceção de contrato não cumprido, pelo devedor do segundo, que era o credor insatisfeito do primeiro.”

para esse fim.” (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação Cível nº 0843084-6, 5.ª Câmara, Rel. Juiz Sebastião Thiago de Siqueira, j. 19.2.2003)

⁴²⁰ RESP nº 419362/MS, 4.ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, Rel. para Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 17.6.2003, DJ 22.3.2004, p. 311, LEXSTJ 178, p. 64, RJADCOAS 56, p. 42.

Em tom de desfecho do tópico, convém destacar a expansão da eficácia contratual operada pela função social do contrato que, refletindo-se naturalmente na exceção de contrato não cumprido, enseja a ruptura das velhas amarras da teoria tradicional e a incidência da exceção substancial em tela no âmbito dos contratos coligados, ainda que tenham em comum apenas uma das partes. Mas desde que as demais tenham algum contato social no âmbito da relação e que as prestações em cotejo possam ser reconduzidas à condição de pressuposto uma da outra, tendo o inadimplemento de uma delas o condão de romper o equilíbrio supracontratual ou sistêmico.

8. EFEITOS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO ENTRE AS PARTES E PERANTE TERCEIROS

A oposição da exceção de contrato não cumprido traz inegáveis efeitos à relação contratual. A questão é identificar quais são estes efeitos, tanto em relação às próprias partes contratantes, quanto em relação a terceiros⁴²¹.

8.1. EFEITOS ENTRE AS PARTES

O efeito mais característico da oposição da exceção de contrato não cumprido ocorre entre as partes (sejam as partes do mesmo contrato, sejam, ainda, entre as diversas partes envolvidas na mesma rede contratual), e se refere ao fato de encobrir a eficácia da pretensão ao cumprimento de que é titular o contratante inadimplente. Daí, inclusive, a natureza dilatória distintiva da exceção sob exame.

E, como abordado, a oposição da exceção substancial em discussão suplanta os efeitos da mora, porque depende da configuração desta, no Direito brasileiro, do incumprimento injustificado, a teor do disposto no artigo 396 do Código Civil⁴²². E, não havendo a configuração da mora, considerando-se a dilação da pretensão ao cumprimento, tampouco se poderá falar de juros moratórios no período em que durar a assim chamada suspensão do contrato bilateral. Naturalmente, não havendo mora em sua configuração jurídica e

⁴²¹ O termo “terceiros”, neste tópico, é empregado na acepção daqueles que, não tendo participado da celebração do negócio jurídico, passam a integrá-lo depois da sua concepção.

⁴²² “Artigo 396 – Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

eficácia plena, tampouco se pode falar em juros moratórios⁴²³, mera decorrência da mora.

Ainda como derivação do efeito primário, tem-se que, impedindo a configuração técnica e em sentido estrito do inadimplemento, a oposição da exceção de contrato não cumprido age sobre a demanda de cumprimento forçado. Por idênticas razões e considerando a comunhão de causa, a oposição da exceção age também contra o pedido de resolução do contrato por inadimplemento imputável e seus consectários, como os pleitos indenizatórios que ordinariamente acompanham esses pleitos.

A exceção de contrato não cumprido age como uma espécie de privilégio em favor do contratante excipiente. Como lembra Hector Massnata, ao recusar a entrega da prestação, o excipiente evita ingressar em qualquer tipo de concurso de credores que venha a ser formado devido à insolvência do contratante excepto⁴²⁴.

Quanto ao dever das partes de guardar a coisa objeto da prestação que sofre a dilação, pode-se colocar duas posições diversas. Na Argentina, Hector Massnata entende que se mantêm os deveres das partes contratantes, como configurados antes do vencimento⁴²⁵. Assim, na visão do autor, o dever de guarda sofre a mesma dilação ocorrida na prestação contratual dilatada por força da exceção de contrato não cumprido.

⁴²³ Essa é, também, a opinião de Miguel Maria de Serpa Lopes: “O excipiente como que se coloca na mesma posição de um devedor a termo, até que o autor cumpra a sua obrigação. (...) R. Cassin afirma então que para os que julgam tratar-se exclusivamente de uma situação a termo, a resposta negativa se impõe. O que está favorecido por um termo está isento da exigibilidade de sua prestação não podendo, por isso, contra ele correr os respectivos juros.” (op. cit., p. 313-315).

⁴²⁴ Massnata, op. cit., p. 88-89.

⁴²⁵ Idem, ibidem, p. 90-91.

Porém, esta posição tem dissidências na própria doutrina argentina. José María Gastaldi e Esteban Centanaro opinam que o fato de o credor estar em mora sem, ao menos, ter oferecido cumprir e, mesmo assim, manifestar a pretensão ao cumprimento, isenta o devedor da responsabilidade pela guarda da coisa⁴²⁶. Essa parece, inclusive, a posição correta no Direito brasileiro, considerando-se o disposto no artigo 400 do Código Civil, segundo o qual

“a mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.”

O sempre lembrado Serpa Lopes endossa tal entendimento, ao afirmar:

*“Em razão de não ter cumprido a sua prestação e justificando, por esse fato, a retenção do devedor, o autor coloca-se indubitavelmente na mesma posição de um credor em mora. Assim, não temos dúvida em que se aplica ao caso o disposto no artigo 958 do Código Civil, isto é, a mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento.”*⁴²⁷

Por fim, não se pode deixar de abordar a questão da pluralidade de sujeitos. No caso de solidariedade passiva, incide a regra do artigo 281 do Código Civil vigente⁴²⁸.

⁴²⁶ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 119.

⁴²⁷ Lopes, *op. cit.* p. 313-314. O artigo 958 do Código Civil de 1916, ao qual alude o saudoso mestre, foi reprisado, mantendo-se o essencial no artigo 400 do Código Civil vigente, transcrito acima.

⁴²⁸ “Artigo 281 – O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos, não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor.”

De outro lado, toda e qualquer solução propugnada em matéria de exceção de contrato não cumprido deve estar em sintonia com a viga mestra do instituto, isto é, o caráter sinalagmático da relação e a correspondente idéia de equilíbrio contratual.

Nestes termos, se o devedor-credor pode exigir a sua prestação de todos os credores-devedores, seus co-contratantes, a exceção poderá ser oposta a todos e cada um dos chamados devedores solidários (também credores, por se tratar de contrato bilateral).

Havendo o cumprimento parcial por algum dos devedores solidários, o réu poderá, ainda assim, excepcionar a pretensão de cumprimento forçado. A situação aproxima-se da exceção de contrato não cumprido satisfatoriamente, podendo o impasse ser resolvido pelas regras desta espécie de exceção, complementada, obviamente, pelas regras comuns do instituto. Conclui-se, assim, pela existência de uma regra geral de indivisibilidade, em princípio, da exceção de contrato não cumprido, verificável também no Direito germânico, consoante o disposto no §320 do BGB⁴²⁹.

Estes são os principais efeitos que podem ser atribuídos à oposição da exceção de contrato não cumprido, no que pertine ao âmbito da relação entre as próprias partes contratantes (e, como se viu no capítulo anterior, também àqueles supostos terceiros, cuja proximidade ou contato social justificam a dispensa de tratamento qualificado).

⁴²⁹ “§ 320 – Si la prestación ha de realizarse para varios, puede ser negada a cada uno la parte a él correspondiente hasta la efectución de toda la contraprestación.”

8.2. EFEITOS COM RELAÇÃO A TERCEIROS

Deve-se analisar, ainda, os efeitos da oposição da exceção de contrato não cumprido com relação a terceiros.

Antes, porém, cabem duas notas explicativas. Primeira: não se abordará neste tópico os terceiros que, como já mencionado, tenham algum contato ou proximidade social com as partes em sentido estrito, como ocorre nas redes contratuais. Estes sujeitos foram analisados no capítulo sobre os contratos coligados.

Segunda: a expressão “terceiros”, neste tópico, também diverge da acepção dada ao verbete no capítulo sobre a função social dos contratos e dos contratos coligados. Lá, tinha-se por terceiro todo aquele que não participou do contrato, nem passou a integrá-lo devido a eventos posteriores e, finalmente, todas aquelas pessoas que não tinham nenhum contato social com a situação analisada.

Aqui, deixando-se de lado essa acepção por um momento, analisa-se a figura do terceiro como o indivíduo que, não tendo manifestado diretamente a sua vontade na gênese do contrato, passa a integrá-lo por causa de evento superveniente, como ocorre, por exemplo, com a cessão de posição contratual.

Nesse sentido, parece lógico afirmar, com Hector Massnata, que, feitas as ressalvas cabíveis, conforme se procurou demonstrar no capítulo anterior, em princípio, a exceção de contrato não cumprido opera efeito entre as partes:

“Desde luego, los produce entre partes. La ENAC no puede afectar

terceros, desde que, a diferencia del derecho de retención, la negativa de cumplimiento no tiene efectos erga omnes. Planiol-Ripert-Esmein opinan lo contrario, pero en la exposición se confunden ambas instituciones.

Desde que los hemos distinguido, debe rechazarse la asimilación que formula la doctrina francesa.^{430,,}

E o citado professor continua:

“En consecuencia la excepción, por lo general, es inoponible a terceros, pero no a los herederos y sucesores universales del contratante incumpliente (art. 1.195, C.C.). También es oponible al tercero en el contrato a favor de terceros, cuando sea incumpliente el estipulante a favor de aquél.

Por las mismas razones puede ser opuesta al causahabiente y al cesionario de un crédito (art. 1469, C.C.), lo mismo que al cesionario de un contrato, si se acepta dicho instituto.”

A esse respeito, surgem duas primeiras figuras relevantes, a delegação e a expromissão, tratadas por Serpa Lopes⁴³¹:

“Dá-se a expromissão, quando um terceiro se apresenta espontaneamente ao credor para liberar o antigo devedor, substituindo-o, sem que se torne necessário o consentimento deste, quando a delegação ocorre quando há um encargo cometido pelo devedor a um terceiro a fim de por ele pagar ao credor aquilo que lhe é devido, dizendo-se perfeita se de tal encargo resultar a liberação do devedor em face do seu credor.”

Basta evidenciar que o terceiro que entra na relação jurídica pode opor ao credor as exceções fundamentadas na própria obrigação cedida, como o inadimplemento do credor. No entanto, não será dado a esse terceiro, que passa a integrar a relação contratual, opor ao credor exceções baseadas em outras relações, seja com este credor, seja com o devedor liberado da obrigação. Assim, é possível enunciar a regra de forma mais simples: o novo devedor pode opor ao

⁴³⁰ Massnata, *op. cit.*, p. 87.

⁴³¹ Lopes, *op. cit.*, p. 318.

credor as exceções oponíveis pelo antigo devedor, inclusive as de contrato não cumprido e cumprido insatisfatoriamente.

Com relação à estipulação em favor de terceiro, deve-se anotar que o Código Civil, no seu artigo 436, parágrafo único⁴³², mantendo a regra do artigo 1.098, parágrafo único, do Código Civil de 1916, autoriza o terceiro beneficiário a exigir diretamente a prestação prometida. Ao fazê-lo, contudo, deve observar os termos do contrato, se com ele anuir.

Assim, ao exigir a prestação de que é beneficiário, o terceiro se coloca em situação de sujeição à oposição, pelo promitente, das exceções que venha a ter contra o estipulante, especialmente da exceção de contrato não cumprido⁴³³.

Resta, finalmente, analisar o regime de incidência da exceção de contrato não cumprido diante da cessão da posição contratual. Por envolver a transferência de uma posição complexa de direitos, deveres e obrigações, esta cessão exige a anuência do co-contratante e, geralmente, deve ocorrer enquanto subsistir a relação sinalagmática. Nestes termos, uma vez operada a cessão, todas as ações e exceções antes atribuídas ao cedente passam a assistir ao cessionário, salvo diversamente previsto pelas partes ao entabularem a cessão⁴³⁴.

⁴³² “Artigo 436 – O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.”

⁴³³ Lopes, *op. cit.*, p. 322.

⁴³⁴ De fato, nada impede que as partes estipulem, na cessão da posição contratual, a cláusula *solve et repete*, por meio da qual, como se verá, afasta-se a possibilidade de excepcionar, com base no inadimplemento da parte que demanda o cumprimento de prestação, a pretensão de exigir o cumprimento. No entanto, tal disposição exige a manifestação das partes, no exercício da autonomia privada que o ordenamento jurídico lhes conferir. A regra continua sendo a da transmissão da titularidade da exceção de contrato não cumprido, do cedente ao cessionário, pelo simples fato de a cessão da posição contratual ter sido aperfeiçoada.

9. AS CAUSAS IMPEDITIVAS E AS CAUSAS TERMINATIVAS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Já foi dito que a exceção de contrato não cumprido tem eficácia meramente dilatória, pois apenas encobrem temporariamente a eficácia da pretensão do excepto ao recebimento da prestação.

Desta forma, fica claro que, salvo em hipóteses circunstanciais, caracterizadas pela inércia do excepto quanto ao cumprimento da obrigação (contraprestação), a exceção em tela não pode durar para sempre.

Cumpre, pois, estudar as formas pelas quais se extingue a exceção de contrato não cumprido. Antes, porém, deve-se distinguir as causas impeditivas das causas terminativas.

9.1. DISTINÇÃO ENTRE CAUSAS IMPEDITIVAS E TERMINATIVAS

Para Pontes de Miranda⁴³⁵, as causas extintivas da exceção de contrato não cumprido, ou não cumprido satisfatoriamente, seriam o adimplemento (ou outra causa de extinção da dívida) e a renúncia.

No entanto, tratar situações diversas sob a mesma rubrica da extinção não parece ser a melhor solução. Não se pode confundir uma causa que

⁴³⁵ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 146.

impede o exercício de um direito ou de uma posição jurídica, com aquela que enseja a sua cessação.

O adimplemento certamente porta-se como causa extintiva da exceção de contrato não cumprido, uma vez que, sendo-lhe superveniente, faz cessar a sua eficácia (suspensiva, para uns, encobridora da eficácia da pretensão contraposta, para outros).

Por sua vez, a renúncia manifestada em contrato antecede logicamente o próprio exercício da pretensão que faz surgir o direito à exceção. Portanto, admitida que seja a validade dessa renúncia, seu efeito não seria extinguir a exceção, mas impedir a sua oposição. Trata-se, assim, de uma causa impeditiva da exceção, que merece ser distinguida das causas efetivamente extintivas.

9.2. CAUSAS IMPEDITIVAS

Como foi dito, as causas impeditivas surtem efeitos em momento antecedente àquele no qual as causas impeditivas mostram a sua força. Isto se dá porque elas impedem o surgimento do direito à exceção. A renúncia – incluída aí a cláusula *solve et repete* e a prescrição – é causa impeditiva.

9.2.1. RENÚNCIA

Seria possível a renúncia ao direito de excepcionar a pretensão do contratante inadimplente, no âmbito de uma relação sinalagmática?

Em sua primorosa obra, Serpa Lopes retrata a grande polêmica surgida na doutrina estrangeira a respeito da possibilidade, ou não, de se renunciar a uma exceção⁴³⁶.

A questão, no entanto, encontra-se superada. A despeito do silêncio do legislador brasileiro em termos de dispositivos expressos sobre a matéria, firmou-se o entendimento de ser possível a renúncia ao direito de opor a exceção de contrato não cumprido, desde que respeitados os princípios limitativos da autonomia privada⁴³⁷. Da mesma opinião é Silvio Luís Ferreira da Rocha⁴³⁸.

Entende-se por renúncia o fato de o titular abandonar uma vantagem ou posição jurídica, cujo exercício poderia resultar em vantagens, para si ou outrem.

Quanto à exceção objeto de estudo, a renúncia ocorre quando o contratante demandado abandona a posição jurídica que lhe garantia o direito de impugnar, com eficácia dilatória, a demanda pelo recebimento da prestação. A sua cessação está condicionada ao cumprimento, efetivo e regular, da contraprestação ou à extinção da dívida por qualquer outra forma.

Deve-se notar que, geralmente, a renúncia, salvo se for desejada pelas partes, não atinge o próprio direito à prestação no tempo, forma e local avençados. Apenas elimina a garantia da co-pontualidade, autorizando o renunciante a ventilar, pelas vias autônomas próprias, o pleito que lhe couber.

⁴³⁶ Lopes, *op. cit.*, p. 323-330.

⁴³⁷ Lopes, *op. cit.*, p. 327, referindo-se ao princípio da ordem pública.

⁴³⁸ Ferreira, *op. cit.*, p. 63.

Em se tratando de interesses disponíveis, como o são, em regra, aqueles veiculados na matéria contratual, as partes capazes têm autonomia para reger os seus próprios vínculos. As pessoas são senhoras de seus próprios interesses, podendo livremente determinar se desejam, ou não, fazer uso do poder de subordinar o cumprimento da prestação ao cumprimento simultâneo da contraprestação.

A característica mesma de exceção do instituto objeto de estudo leva à incolumidade de tal conclusão. De fato, já se disse ser típico das exceções o fato de veicularem matérias infensas à apreciação judicial à minguada alegação da parte. O desencadeamento dos efeitos ínsitos a qualquer exceção dependem, a não mais poder, da vontade do titular do direito de agitar a exceção. Por via de consequência, não sendo alegada pelo respectivo titular, a matéria não pode ser conhecida (de ofício) pelo órgão jurisdicional.

No entanto, sabe-se que, no ordenamento pátrio, as questões indisponíveis podem ser alegadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, bem como ser conhecidas *ex officio* pelo juiz, como é o caso da incompetência absoluta e das condições da ação.

Embora não se confunda o não exercício da exceção com a renúncia à sua oposição⁴³⁹, o fato de a matéria não ser passível de apreciação judicial, caso não alegada pelo titular, indica claramente que se está no campo dos direitos e interesses disponíveis e, portanto, renunciáveis em condições ordinárias⁴⁴⁰. Tal liberdade, desnecessário lembrar, tem os mesmos limites impostos ao desejo das partes pela autonomia privada, como a ordem pública, os

⁴³⁹ Conforme lucidamente destaca Miguel Maria de Serpa Lopes (*op. cit.*, p. 326).

⁴⁴⁰ Hector Massnata sustenta que a renúncia tácita e a inércia, ou silêncio do excipiente, constituem o mesmo fenômeno (*op. cit.*, p. 94-95).

bons costumes, a função social do contrato, a boa-fé objetiva, a vedação ao abuso de direito e, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana.

A esse respeito, tanto a doutrina estrangeira, quanto a nacional, são unânimes em alertar para a possibilidade de ineficácia da cláusula *solve et repete*, ou da própria renúncia, quando houver graves motivos que contra-indiquem a sua incidência no caso concreto.

Na Itália, Alberto Trabucchi⁴⁴¹ observa:

“Anche nei casi in cui la clausola solve et repete sarebbe efficace, limitando per esempio l’ammissibilità dell’eccezione di inadempimento, l’autotutela concessa ai soggetti non deve condurre a risultati eccedenti lo scopo, e perciò il giudice, se riconosce che concorrano gravi motivi, può sospendere l’ordine di adempimento, imponendo, ove lo ritenga opportuno, una cauzione.”

Igualmente, na Argentina, Hector Massnata⁴⁴² ensina:

“Por otra parte, cuando surjan graves motivos de que la buena fe crédula y de comportamiento se hallen comprometidas, la eficacia de la cláusula puede objetarse. Especialmente, si el cumplimiento de la contraprestación corre riesgos, supuesto en lo cual su vigencia sólo será admisible mediante contracautela eficaz.”

No Brasil, Serpa Lopes⁴⁴³ segue a mesma trilha traçada pela doutrina estrangeira:

“Finalmente, de acordo com o supracitado art. 1.462, o juiz, nada obstante a cláusula, pode suspender a condenação, quando ocorrerem graves motivos, ou seja, quando a cláusula ofenda aos princípios da boa-fé, obrigando mesmo o autor, quando insolvente ou inadimplente,

⁴⁴¹ Trabucchi, *op. cit.*, p. 691.

⁴⁴² Massnata, *op. cit.*, p. 96. No mesmo sentido, José Maria Gastaldi e Esteban Centanaro apontam: “Entendemos que pese a lo expresado en relación a la renunciabilidad de la exceptio, si surgen graves motivos que comprometan la buena fe subjetiva (creencia) y objetiva (lealtad), se puede objetar la eficacia de la renuncia.” *op. cit.*, p. 127).

⁴⁴³ *Idem, ibidem*, p. 335.

a prestar uma caução garantidora da execução de sua própria prestação.”

A renúncia não pode servir para encobrir nulidades ou condutas dolosas, nem mesmo para fazer com que o contratante favorecido pela situação exceda os estritos limites impostos pela função sócio-econômica do instituto e pela boa-fé objetiva. Se isso ocorrer, a renúncia será ineficaz, podendo-se, excepcionalmente, exigir a prestação de caução para minimizar os riscos do contratante exposto ao desequilíbrio.

A renúncia ao direito de opor a exceção de contrato não cumprido pode ser expressa ou tácita. A renúncia expressa pode ocorrer preventivamente, na formação do contrato, inclusive mediante a cláusula *solve et repete* (abordada a seguir), ou mesmo mediante declaração unilateral de vontade, após a celebração.

A renúncia tácita ocorre em momento posterior à formação do contrato e, salvo a vontade do titular nesse sentido, abrange apenas o próprio direito de opor a exceção (isto é, afasta o princípio da prestação simultânea), não o direito ao recebimento da contraprestação. O mesmo se dá na renúncia antecipada.

Tal efeito ordinário depende da vontade da parte. Isto porque, no caso de remissão da dívida, por exemplo, malgrado ocorra a extinção da exceção, esta será mero reflexo da extinção da própria obrigação do excepto, cujo inadimplemento deu causa à oposição da exceção de contrato não cumprido.

O cumprimento antecipado da prestação, por um dos contratantes, constitui também uma forma de renúncia tácita, uma vez que,

assim procedendo, esse contratante aniquila os efeitos do princípio da simultaneidade das prestações, bem como a própria possibilidade de invocar a exceção que, como visto, exige inadimplência recíproca.

Ao contrário do que ocorre na remissão da dívida, o cumprimento antecipado não implica renúncia à prestação ou parte dela. O contratante que cumpre precocemente renuncia apenas à garantia derivada da simultaneidade das prestações. Contudo, ele pode exercer os seus direitos em pleito autônomo.

9.2.1.1. CLÁUSULA *SOLVE ET REPETE*

A renúncia ao direito de opor exceção de contrato não cumprido pode ocorrer na execução do contrato (até o adimplemento), ou ainda na sua formação, quando adquire caráter preventivo. Essa última hipótese caracteriza a chamada cláusula *solve et repete*, de inspiração fiscal, mas estendida a outros ramos do Direito, como o Direito Civil.

Por meio deste instituto, a parte abre mão do direito de resistir, pela da oposição de exceção de contrato não cumprido, às investidas do contratante inadimplente, tendentes ao recebimento da contraprestação. No entanto, uma vez tendo prestado regularmente, nada o impede de investir contra o outro contratante, ainda inadimplente, total ou parcialmente, com o fito de obter o cumprimento forçado da obrigação pendente.

Na prática, pode-se dizer que a cláusula *solve et repete* cria, às avessas, uma sucessividade entre as prestações das partes, de modo a impedir

o contratante atingido pelos seus efeitos de invocar a exceção de contrato não cumprido. Cria, além disso, um caráter de abstração das obrigações, antes ligadas a um forte elemento causal, derivado do próprio vínculo sinalagmático⁴⁴⁴.

Por isso, o efeito prático da estipulação fica limitado à exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente, quando estabelecida em desfavor daquele que, por lei, contrato ou circunstâncias, deve prestar em primeiro lugar, como na compra e venda, segundo o disposto no artigo 491 do Código Civil.

De fato, a única interpretação lógica e aceitável de um contrato vazado em tais termos consiste em limitar os efeitos da cláusula *solve et repete* aos casos de adimplemento ruim, sob pena de, erroneamente, entender-se que essa disposição poderia “tacitamente” revogar a estipulação da simultaneidade das prestações⁴⁴⁵.

Como dito anteriormente, essa renúncia afigura-se geralmente válida, mas sua disposição pode, no entanto, transbordar para o campo da ilicitude, quando violar preceitos de maior relevância social. Sua validade depende da igualdade substancial entre as partes e da existência de um mínimo de liberdade na negociação. Em suma, deve ocorrer nos contratos paritários.

No âmbito das relações de consumo, essa cláusula, mormente quando predisposta pelo fornecedor, deve ser considerada abusiva, já que

⁴⁴⁴ Trabucchi, *op. cit.*, p. 691.

⁴⁴⁵ Sabe-se que, de acordo com a teoria da interpretação dos negócios jurídicos, deve-se sempre preferir aquelas interpretações que (i) não conduzam o intérprete a conclusões descabidas, e (ii) preservem, na maior medida possível, a utilidade das disposições aparentemente conflitantes. Estes são os critérios que sustentam a conclusão acima.

implica renúncia antecipada de direito do consumidor, além de colocá-lo em situação de inegável inferioridade⁴⁴⁶.

9.2.2. PRESCRIÇÃO

A prescritibilidade das exceções em geral foi objeto de intensa polêmica nas doutrinas estrangeira e nacional⁴⁴⁷, que resultaram nos mais diversos posicionamentos.

Em sua obra tantas vezes referida, o Professor Serpa Lopes empreende um panorama bastante extenso a respeito dessa questão⁴⁴⁸. Segundo o autor, a polêmica tem início já no estabelecimento da origem da regra *quae temporalia sunt est agendum, perpetua in excipiendum*, cuja suposta origem romana seria objeto de forte rejeição doutrinária.

Aduzem os críticos de tal origem ser improvável o estabelecimento da prescritibilidade das ações em oposição à imprescritibilidade das exceções, já que a maioria dos outros textos, que fundamentam essa teoria, seriam do período clássico do Direito Romano, no qual as ações eram imprescritíveis⁴⁴⁹. É que, ainda segundo tal corrente, a regra *quae temporalia* seria produto da prática medieval, transmitida ao Direito comum através da Glossa, embora com uma gravíssima falta: generalizar o seu âmbito de aplicação para abranger, indistintamente, todas as exceções⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Conforme artigo 51, inciso IV e § 1.º, incisos II e IV, da Lei n.º 8.078/90 (Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC).

⁴⁴⁷ Lotufo, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 522; Leal, Câmara Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 57-58; Diddier Jr., *op. cit.*, p. 78-79; Theodoro Junior, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, tomo II, p. 184; Beviláqua, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 2001, p. 409.

⁴⁴⁸ Lopes, *op. cit.*, p. 341-355.

⁴⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 341-342.

⁴⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 343.

Já segundo José María Gastaldi e Esteban Centanaro, a origem romana da regra *quae temporalia* seria inegável, aceitando os autores a aludida regra como verdadeira criação romana e, portanto, sustentando a imprescritibilidade das exceções em geral para aquele Direito⁴⁵¹.

Em Portugal, Galvão Telles adota posição igual à dos juristas argentinos citados. Para o ilustre professor, mesmo prescrito um dos direitos, seu respectivo titular ainda continua habilitado a opor a exceção de contrato não cumprido, pois a obrigação prescrita, transformando-se em obrigação natural, não se despe de toda a relevância⁴⁵².

A polêmica espraia-se até mesmo ao entendimento dos doutrinadores pátrios sobre o Direito comparado. Por exemplo, para Serpa Lopes, na França prevaleceria a doutrina da imprescritibilidade das exceções, senão em razão da lógica, pela utilidade prática, capaz de superar todos os argumentos em contrário⁴⁵³. Já para Câmara Leal, em sua obra clássica sobre prescrição, a mesma França teria cunhado a regra *tant dure la demande, tant dure l'exception*⁴⁵⁴.

Ao expor seu entendimento, o Professor Serpa Lopes aduz a necessidade de analisar a questão da prescrição em dois momentos distintos: antes e depois de oposta a exceção de contrato não cumprido⁴⁵⁵. Sustenta que, antes de ser oposta a exceção, estaria a exceção sujeita à prescrição, por entender que ambos os contratantes possuíam, nessa oportunidade, pretensão cominatória, um em face do outro. O titular da exceção teria, ao lado do direito de excepcionar, também uma pretensão a deduzir em face do outro contratante.

⁴⁵¹ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁵² Telles, *op. cit.*, p. 453.

⁴⁵³ Lopes, *op. cit.*, p. 346-347.

⁴⁵⁴ Leal, Câmara Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.57-58.

⁴⁵⁵ Lopes, *op. cit.*, p. 347-348.

Por isso, sabendo que o prazo prescricional de sua pretensão é menor do que o prazo prescricional previsto para a pretensão do outro contratante, o suposto titular da exceção não pode valer-se desse direito serodidamente, pois, passado o lapso temporal indicado na lei, a prescrição terá atingido a pretensão que reveste esse direito.

Já no segundo momento, isto é, oposta a exceção de contrato não cumprido, não mais se poderia falar em prescrição. Invoca, para tanto, a regra *contra valentem agere non currit prescriptio*, sem a qual não se poderia compreender a real dimensão da regra *quae temporalia*. Uma vez paralisada a pretensão do autor devido à oposição da exceção de contrato não cumprido, o excipiente ficaria impedido de demandar a realização da prestação que lhe é devida por força da obrigação que integra o vínculo sinalagmático. Assim, vedada a dedução de sua pretensão, não seria admissível a fluência do prazo prescricional.

Como apontam Humberto Theodoro Junior e Clóvis Beviláqua, a solução para o impasse reside na já abordada distinção entre exceções dependentes e independentes⁴⁵⁶. No que tange às exceções independentes, não se pode falar em prescrição, uma vez que, antes de proposta a demanda, o titular da exceção estava impedido de opô-la. Isto ocorre pelo simples motivo de que a matéria objeto da exceção independente não se traduz em pretensão e, portanto, não poderia ser objeto de ação autônoma. Desta forma, não se pode falar em prescrição do direito de excepcionar, com base em prescrição, coisa julgada, pagamento etc.⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Theodoro Jr., *op. cit.*, p. 185; Beviláqua, *op. cit.*, p. 410.

⁴⁵⁷ Didier Jr., *op. cit.*, p. 79.

A respeito dessa regra, colhe-se na doutrina francesa a seguinte lição⁴⁵⁸:

“La prescription ne peut, en effet, logiquement courir que contre celui qui est en mesure d’agir. Cette idée est exprimée par l’adage << contra non valentem agree non currit praescriptio >>. La jurisprudence a érigé cette formule de bon sens en règle de droit: tout les fois qu’une partie est dans l’impossibilité d’agir, pour une raison quelconque, la prescription ne court contre elle que du jour où cette impossibilité a cessé.”

Pontes de Miranda⁴⁵⁹, referindo-se à prescrição das exceções em geral, perfilha tal entendimento:

“Exceção e extinção do direito de exceção. Por sua natureza de posterius, a exceção não poderia ser sujeita a prescrição; pois seria combater-se a inatividade de quem ainda não poderia exercer o direito de excetuar: toda exceção, para se opor, supõe que alguém exerça o direito, ou a pretensão, ou a ação, ou a exceção. Não se pode excepcionar quando se quer, e sim quando alguém avança contra o que tem o ius exceptionis.”

A situação, porém, adquire novos contornos com relação às exceções dependentes. Isto porque, como abordado em tópico específico, esta espécie de exceção está recheada com um conteúdo também passível de manifestação pela via de ação autônoma. Está, assim, ligada a uma verdadeira pretensão que, atingida pela prescrição, amputará também a exceção.

E é justamente essa a orientação do Código Civil que, inovando com relação ao Código de 1916⁴⁶⁰, silente na matéria, tratou de aparar as arestas surgidas em relação ao tema sob debate:

⁴⁵⁸ Terré et al, *op. cit.*, p. 1.102.

⁴⁵⁹ Pontes de Miranda, *op. cit.*, tomo VI, p. 24.

⁴⁶⁰ Lotufo, *op. cit.*, p. 522.

“Artigo 190 - A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.”⁴⁶¹

Humberto Theodoro Junior afirma, com acerto, que esta regra transcrita é aplicável apenas às exceções ligadas a uma pretensão e, como tais, passíveis de serem manifestadas mediante o ajuizamento de ação autônoma. Por isso, ainda remanescem as exceções dotadas de eficácia permanente, não sujeitas à prescrição, nomeadamente, as exceções ditas independentes ou autônomas⁴⁶².

Aliás, era o que dizia Câmara Leal⁴⁶³, na vigência do Código Civil de 1916, comentando a questão à luz da doutrina estrangeira e do disposto no artigo 1.302 do *Codice Civile*:

“Essa discussão, porém, nenhuma repercussão pode ter entre nós, segundo o nosso modo de entender, aliás em harmonia com a lição de notáveis mestres, entre os quais citaremos Coviello, Ruggiero, Mirabelli, Jourdan.

Quando o réu demandado pelo autor tem contra este um direito que não pode ser pleiteado por via de ação, mas somente oponível por meio de exceção, essa exceção é imprescritível, podendo ser, em qualquer tempo, alegada, desde que a ação seja proposta.

Mas, quando o réu tem contra o autor um direito, que podia ter feito valer por meio de ação, e não o fez, com a prescrição da ação prescreve também a exceção, em virtude da extinção do direito que ela teria por fim fazer reconhecer.”

Quanto à exceção de contrato não cumprido, aplicando-se as premissas aqui analisadas, deve-se concluir pela sua sujeição à prescrição. Se, embora dotado de pretensão cominatória contra o co-contratante, o respectivo

⁴⁶¹ A regra transcrita segue orientação semelhante àquela contida no artigo 2.882 do Código Civil de Quebec: “2882 – *Même si le délai pour s'en prévaloir par action directe est expiré, le moyen qui tend à repousser une action peut toujours être invoqué, à la condition qu'il ait pu constituer un moyen de défense valable à l'action, au moment où il pouvait encore fonder une action directe.* Ce moyen, s'il est reçu, ne fait pas revivre l'action directe prescrite.”

⁴⁶² Theodoro Jr., *op. cit.*, p. 186.

⁴⁶³ Leal, *op. cit.*, p. 59-60.

titular deixa passar *in albis* o prazo prescricional previsto, não poderá valer-se da outra face de sua pretensão, que é a exceção de contrato não cumprido⁴⁶⁴.

O ordenamento prevê, então, a consequência negativa pela inércia do titular da pretensão. Pela ocorrência da prescrição, o co-contratante não poderá valer-se da exceção de contrato não cumprido, se demandado pelo contratante também inadimplente, mas cuja pretensão ainda não tiver sido atingida pela prescrição.

É o que ensina o ilustre Professor Renan Lotufo, crítico da doutrina da imprescritibilidade das exceções, mesmo na vigência do Código Civil de 1916⁴⁶⁵, para quem “o prazo legal dado à manifestação desse contradireito é exatamente o estipulado para que o titular exerça sua pretensão, se a exceção não for levantada em um processo (...)”⁴⁶⁶.

No mesmo sentido, aponta-se a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentário ao artigo 190 do Código Civil:

"3. Prescrição da defesa. A norma estabelece concomitância da prescrição, tanto da pretensão como da defesa. Assim, não se permite ao réu deduzir defesa - sob forma de contestação, embargos do devedor, pedido contraposto, reconvenção, incidente de falsidade, declaratória incidental etc. -, quando o direito ou pretensão já tiver sido atingido pela prescrição. Caso o direito ou pretensão já esteja prescrito, vedado ao réu opor as exceções (defesas) de direito material, tais como a exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus), a exceção de contrato cumprido de forma defeituosa (exceptio non rite adimpleti contractus) etc."

⁴⁶⁴ Nesse sentido: Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. *Novo código e legislação extravagante anotados*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114-115; e Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 335.

⁴⁶⁵ Lotufo, Renan, op. cit, p. 522.

⁴⁶⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 524.

Considerando o exposto, seja devido à sua própria natureza dependente, seja devido à inovação contida no artigo 190 do Código Civil, a exceção de contrato não cumprido, enquanto exceção dependente da pretensão cominatória, sofrerá os efeitos da prescrição no mesmo momento em que esta atingir a pretensão a que está ligada.

9.3. CAUSAS EXTINTIVAS

Causas extintivas são aquelas que, uma vez nascida a exceção de contrato não cumprido, fazem cessar os seus efeitos, tornando descoberta novamente a eficácia, ou a exigibilidade da prestação demandada pelo outrora excepto.

Antes estudar as causas extintivas propriamente ditas, insta destacar uma discussão relevante, atinente à prestação de caução, à qual parte da doutrina atribui o efeito extintivo da exceção de contrato não cumprido, independentemente de quaisquer condições. Dentre eles, Serpa Lopes⁴⁶⁷ entende que, prestada caução idônea pelo devedor, há então uma causa de extinção da exceção de contrato não cumprido.

Contudo, para analisar essa questão deve-se rememorar as finalidades da dita exceção: (i) zelar pela manutenção do equilíbrio contratual estabelecido pelas partes, durante a vigência do contrato e (ii) forçar indiretamente o contratante excepto ao cumprimento do que lhe é próprio.

O contratante que utiliza a exceção de contrato não cumprido demonstra, certamente, interesse no recebimento efetivo da prestação que

⁴⁶⁷ Lopes, *op. cit.*, p. 214.

motivou a sua vinculação ao contrato bilateral. Não tem ele em mira, senão subsidiariamente, receber dinheiro, que sabidamente não representa satisfação absoluta dos interesses do contratante (salvo se for essa, justamente, a prestação contratada, hipótese em que, no entanto, não se teria caução, mas efetivo pagamento ou, no mínimo, oferecimento da prestação).

Mesmo quanto aos outros meios de extinção da dívida, deve-se contar com a concordância expressa do credor excipiente, o que não acontece no caso do pagamento integral no tempo, forma e lugar devidos ou, ainda, no pagamento após a constituição em mora, desde que computados os acréscimos decorrentes da mora. A prova disso é que, sendo firme e regular a oferta ao pagamento, a sua recusa, ainda que sem culpa, configura mora do credor.

A prestação de caução em dinheiro ou qualquer outra forma de garantia, diferindo da prestação objeto da obrigação contratada e inadimplida pelo excepto, não tem o condão de fazer cessar os efeitos da exceção de contrato não cumprido.

Ennecerus tem a mesma opinião e sua lição merece ser transcrita, com reparo apenas sobre a confusão não recomendável entre direito de retenção e exceção de contrato não cumprido. São as palavras do mestre germânico⁴⁶⁸:

“Por tanto, el deudor tiene un derecho de retención, pero este derecho de retención ofrece la singularidad de no poder ser eliminado mediante caución, porque no tiende únicamente a la seguridad del contracrédito, sino que también está destinado a evitar la injusticia que implica la exigencia de la prestación previa (§ 320 ap. 1 pr. 3).”

Do contrário, bastaria que o contratante que percebeu ter celebrado um mau negócio (insista-se: mau negócio, não negócio fraudulento ou lesivo),

⁴⁶⁸ Ennecerus, *op. cit.*, p. 165.

prestasse caução equivalente à contraprestação acordada para, assim, frustrar deslealmente o cumprimento regular da obrigação. Nesse caso, ficariam frustradas também, como consequência, tanto a finalidade do contrato quanto as legítimas expectativas do excipiente.

A afirmativa do ilustre Serpa Lopes só pode ser considerada válida se, em um sentido lato, entender-se por prestação de caução o oferecimento da prestação mesma devida pelo excepto, mediante consignação, depósito judicial, ou qualquer outra forma de colocação à disposição do excipiente. Entendida em seu sentido estrito, de mera garantia pelo equivalente pecuniário à prestação devida, a afirmativa não pode ser avalizada.

A questão fica mais clara quando se pensa na exceção de contrato não cumprido satisfatoriamente. À vista do adimplemento ruim, e persistindo o interesse do contratante na prestação, ele se vale da exceção para forçar o excepto a melhorá-la. Nesta hipótese, aceitar a prestação de caução por parte do excepto equivale a obrigar o excipiente a aceitar a prestação diversa daquela contratada.

O mais grave, no entanto, reside em que, cumprida apenas parcialmente, a prestação pode não ter qualquer interesse para o excipiente que, assim, nem mesmo com a redução da contraprestação (equivalente prático à eventual excussão da caução), terá satisfeito o interesse demonstrado na celebração do contrato.

Finalmente, deve-se destacar que, sendo exceção substancial e, como tal, baseada numa relação jurídica (ou situação jurídica relacional) de direito material (relação sinalagmática), a exceção de contrato não cumprido

extingue-se, por via reflexa, sempre e quando a obrigação, cujo inadimplemento ensejou a sua oposição, também for extinta.

Por exemplo, se a obrigação que motivou a sua oposição vier a ser extinta por força de novação, conseqüentemente a exceção também cessará de atuar e será extinta, uma vez que não mais subsistirá a dupla inadimplência exigida. Da mesma forma, se a obrigação for extinta pela compensação.

Pode-se, assim, traçar uma regra geral, segundo a qual a extinção da obrigação ensejadora de oposição da exceção de contrato não cumprido faz extinguir também a própria exceção, até mesmo por esta ser uma forma de garantia daquela.

Dito isto, pode-se passar a examinar as mais relevantes causas extintivas da exceção propriamente ditas.

9.3.1. ADIMPLEMENTO

A doutrina específica sobre exceção de contrato não cumprido é escassa na literatura jurídica brasileira. A obra de Serpa Lopes pode ser considerada, até o momento, pioneira e única no cenário nacional. E, se é assim, o material específico de pesquisa sobre as causas extintivas da exceção sob análise mostra-se ainda mais escasso.

Nesse contexto, apenas para situar a questão, Pontes de Miranda⁴⁶⁹ limita-se a citar o adimplemento como causa extintiva da exceção, ao

⁴⁶⁹ Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 146.

passo que Serpa Lopes⁴⁷⁰ sequer menciona a questão, ao abordar a extinção da exceção em tela.

No entanto, é certo que o adimplemento constitui o objetivo final do contratante excipiente, bem como a morte natural da obrigação. A relação obrigacional (ou situação jurídica relacional que é a obrigação) caracteriza-se por outorgar ao credor o direito à prestação e, ao mesmo tempo, impor ao devedor a obrigação de prestar. A prestação e o seu objeto materializam o sacrifício do devedor, de forma a satisfazer integralmente o interesse do credor⁴⁷¹ que, sem dúvida, deve prevalecer⁴⁷².

E, como lembra João Calvão da Silva⁴⁷³, esse interesse não se limita meramente à prestação, como ato ou conduta de prestar (*Leistungshandlung*). Inclui, também, o interesse no resultado da prestação ou da prestação como resultado (*Leistungserfolg*). Por isso mesmo, diz ainda João Calvão da Silva, a obrigação não tem um fim em si mesmo, consistindo, isso sim, num veículo que encontra na satisfação do interesse do credor o seu escopo e a sua razão de ser, ocupando os lugares de alfa e ômega da obrigação⁴⁷⁴.

Não por outro motivo, Inocêncio Galvão Telles explica, com a habitual precisão, que a obrigação nasce para ser cumprida e, desde a sua

⁴⁷⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 335-357.

⁴⁷¹ Como bem ressalta João Calvão da Silva, etimologicamente, a palavra interesse (*inter est*) indica o *quid* localizado entre o homem como credor e o bem, caracterizando-se, pois, pela carência ou necessidade carregada pelo credor. (*op. cit.*, p. 61).

⁴⁷² Não se ignora o fato de que o devedor também tem interesses e uma posição jurídica dignos de proteção. Daí a relevância dos deveres colaterais identificados pela boa-fé objetiva. A obrigação não se esgota no mero dever de dar, fazer ou não fazer que constitui a prestação. No entanto, essa tendência de amparo ao devedor não pode subverter todo o sentido da obrigação, que continua sendo a satisfação do interesse do credor. A diferença reside na força com que o ordenamento jurídico reage ao não cumprimento e a força que atribui ao vínculo obrigacional, evitando-se a rigidez característica do sistema liberal de inspiração francesa, para garantir ao devedor o direito ao cumprimento, como forma de desoneração e rompimento do vínculo que pesa sobre ele.

⁴⁷³ Calvão, *op. cit.* p. 77.

⁴⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 62.

constituição, tende ao cumprimento, pois nele se encontra a legítima satisfação do interesse do credor⁴⁷⁵.

Algumas observações práticas ilustram a dignidade do interesse do credor no seio da relação (ou situação jurídica relacional) obrigacional (*meritevolezza*). Em primeiro lugar, o merecimento da tutela do ordenamento jurídico mede-se pelo interesse do credor. Em segundo lugar, o interesse do credor constitui o critério de distinção entre mora e inadimplemento absoluto, como se viu em tópico específico.

Assim, mesmo que se considere a obrigação uma relação (ou situação jurídica relacional) complexa, admitindo-se inclusive a existência de inúmeros casos de *favor debitoris* e a tutela dos interesses do devedor, isso só acontece se e na medida em que não prejudique o interesse socialmente aceitável do credor⁴⁷⁶, pois a subordinação do interesse do devedor ao do credor é natural.

Por isso, pode-se dizer, com Galvão Telles⁴⁷⁷, que “*cumprimento é a actuação da obrigação, ou seja, a realização da prestação creditória, trate-se de prestação de coisa ou de prestação de facto.*” Ou, como prefere João Calvão da Silva⁴⁷⁸, como “*acto extintivo-liquidativo de obrigação originária preexistente e precedentemente assumida, querido logo no momento inicial em que nasce a relação obrigacional de que emerge a obrigação a extinguir, o cumprimento é, por isso mesmo, acto devido*”.

Trata-se de simples ato jurídico (ou fato jurídico voluntário, nas palavras de João Calvão da Silva⁴⁷⁹), cujos efeitos decorrem diretamente da

⁴⁷⁵ Telles, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁷⁶ Silva, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁷⁷ Telles, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁷⁸ Silva, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁷⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 94.

lei, dentre os quais o principal seria a extinção da obrigação, com a satisfação do interesse do credor e a correspectiva liberação do devedor.

Não se exige, como nos negócios jurídicos, uma declaração ou um acordo de vontades, esclarecendo o *animus solvendi*, que está implícito no próprio contrato ou ato constitutivo da obrigação. Exige-se apenas o pagamento da prestação, tornando-a realidade, fazendo ato o que, quando da celebração, era mera potência.

O legislador do Código Civil não cuidou de definir pagamento ou adimplemento⁴⁸⁰. No entanto, partindo-se do conceito de mora, estampado no artigo 394 do Código vigente⁴⁸¹, pode-se dizer que o adimplemento seria a realização da prestação assumida no tempo, forma e no lugar convencionados ou estabelecidos pela lei ou pela natureza do negócio.

Do quanto exposto, pode-se ter a noção necessária da relevância do adimplemento, cujo aprofundamento descabe empreender, posto escapar ao escopo do presente trabalho⁴⁸². Julga-se suficientes as ponderações até aqui tecidas, pois permitem uma noção tanto quanto exata da relevância do adimplemento como causa extintiva da exceção de contrato não cumprido.

Uma vez adimplida a obrigação a que faz jus, o contratante excipiente não tem mais interesse nem tampouco legitimidade para opor a

⁴⁸⁰ Apesar de distintos na linguagem usual, dado o corrente emprego do pagamento para as dívidas pecuniárias, os termos vêm sendo utilizados indistintamente pela doutrina como sinônimos na linguagem jurídica.

⁴⁸¹ “Artigo 394 – Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo, no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.” Equivalente ao artigo 955 do Código Civil de 1916.

⁴⁸² Para maior aprofundamento da disciplina do adimplemento, recomenda-se: Lotufo, *op. cit.*, p. 183-268; Telles, *op. cit.*, p. 219-280; Silva, *op. cit.*, p. 61-200; Terré *et al*, *op. cit.*, p. 977-1.012; Gomes, Orlando. *Obrigações*. Atual. Humberto Theodoro Jr. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 87-113; Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997, v. II, p. 113-135; Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 148-161; Ruggiero, *op. cit.*, p. 104-120; Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 187-222.

exceção ou nela insistir. Já obteve o cumprimento e manteve o equilíbrio contratual, objetivos precípuos do instituto.

Justamente por isso se diz ser dilatória a exceção de contrato não cumprido. Sua eficácia suspensiva da exigibilidade da pretensão do contratante excepto dura apenas enquanto durar o inadimplemento deste. Sanada a falta, quer mediante o efetivo cumprimento, quer mediante o seu oferecimento integral, a exceção perde toda a sua eficácia, devendo o excipiente cumprir imediatamente.

Extinta a obrigação contratual ensejadora da exceção, o mesmo princípio do equilíbrio das prestações que, nas vestes de sinalagma, legitimou o seu exercício e acolhimento, também legitima a obrigação do excipiente de realizar a sua prestação simultaneamente. Assim se manifesta o adimplemento como causa extintiva da exceção de contrato não cumprido.

9.3.2. NOVAÇÃO

A novação encarna mais uma manifestação da regra geral acima traçada, segundo a qual a extinção da obrigação ensejadora da oposição da exceção fere mortalmente também a própria exceção.

A novação constitui uma forma de extinção da obrigação sem pagamento, caracterizada por ocorrer em virtude de uma nova obrigação abstrata. É o que ensina Enneccerus, ao dizer que “*novación es la extinción*

contractual de una obligación existente por virtud de la constitución de una nueva obligación abstracta”⁴⁸³.

Renan Lotufo lembra a existência da novação em sua modalidade subjetiva, na qual há alteração do credor ou devedor, impulsionada historicamente pela carência de uma regulamentação legal específica para a assunção de dívida, e a objetiva, em que a alteração se faz sentir em outro elemento da relação jurídica que não os sujeitos⁴⁸⁴.

E, para que haja a novação – como exige o artigo 360 do Código Civil⁴⁸⁵ – é imprescindível o elemento subjetivo, isto é, o ânimo de novar ou *animus novandi*, sem o qual não existe novação, mas mera confirmação da obrigação preexistente⁴⁸⁶.

Mais uma vez, para não fugir em demasia do tema proposto, que apenas tangencialmente toca à novação, consideram-se satisfatórias as noções expostas, sendo de rigor traçar mais um corte epistemológico⁴⁸⁷. O exposto basta para identificar, no efeito extintivo da obrigação e da *causa debendi*, a relevância da novação para a extinção da exceção de contrato não cumprido. Extinguindo-se por novação a obrigação que ensejara a oposição à demanda de cumprimento pela via excepcional e a *causa debendi* que a constituía, essa extinção refletirá imediatamente na exceção oposta, extinguindo-a.

⁴⁸³ Ennecerus, *op. cit.*, p. 370.

⁴⁸⁴ Lotufo, *op. cit.*, v. 2, p. 345.

⁴⁸⁵ “Artigo 360 – Não havendo ânimo de novar, expressou ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.” Equivalente ao artigo 1.000 do Código Civil de 1916.

⁴⁸⁶ A respeito, vide Lotufo, *op. cit.*, v. 2, p. 353-354.

⁴⁸⁷ Para maior aprofundamento sobre a disciplina jurídica da novação, recomenda-se: Lotufo, *op. cit.*, v. p. 341-370; Terré *et al*, *op. cit.*, p. 1.050-1.066; Gomes, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Atual. Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 135-141; Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997, v. II, p. 159-168; Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 238-242; Ruggiero, *op. cit.*, p. 210-217; Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 250-256.

No entanto, como lembra Serpa Lopes, a extinção da *causa debendi* geralmente ocorre apenas na novação objetiva, isto é, nos casos em que, mantidas as partes, cria-se uma nova obrigação (*aliquid novi*) em substituição à anterior, novada (*prios debiti*)⁴⁸⁸.

Considerando-se o caráter extintivo da obrigação pretérita, atribuído à novação objetiva por expressa dicção do artigo 360 do Código Civil, deve-se admitir a persistência da exceção de contrato não cumprido apenas quanto à porção da obrigação eventualmente não atingida pela novação e, assim, mantida incólume⁴⁸⁹. Obviamente, se a novação objetiva tiver por efeito a extinção total de uma das obrigações principais emanadas do contrato bilateral, haverá a subsistência de apenas uma obrigação, rompendo-se, pois, o vínculo sinalagmático. Nessas condições, não teria o menor sentido aludir-se à possibilidade de cabimento da exceção de contrato não cumprido⁴⁹⁰.

Quanto à novação subjetiva, Serpa Lopes⁴⁹¹ propõe, acertadamente, a aplicação das regras afetas à delegação e à expromissão do *Codice Civile* de 1942, artigo 1.271⁴⁹². Se forem empregadas as regras disciplinadoras da cessão de crédito e de assunção de dívida, se chegará à mesma conclusão. Aliás, em ordenamentos europeus, a própria novação vem perdendo força e deixando de merecer atenção do legislador, devido à perda do

⁴⁸⁸ Lopes, *op. cit.*, p. 337-338.

⁴⁸⁹ Nota-se que, nesta hipótese, haverá a subsistência da exceção de contrato não cumprido justamente devido à não incidência da novação em parte da obrigação. Inegavelmente, a novação objetiva, dado o seu caráter extintivo, impede a sobrevivência da exceção.

⁴⁹⁰ Lopes, *op. cit.*, p. 338-339.

⁴⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 339.

⁴⁹² “Art. 1271 – *Eccezioni opponibili dal delegato*

Il delegato può opporre al delegatario le eccezioni relative ai suoi rapporti con questo.

Se le parti non hanno diversamente pattuito, il delegato non può opporre al delegatario, benché questi ne fosse stato a conoscenza, le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante, salvo che sia nullo il rapporto tra delegante e delegatario.

Il delegato non può neppure opporre le eccezioni relative al rapporto tra il delegante e il delegatario, se ad esso le parti non hanno fatto espresso riferimento.”

prestígio provocada pela regulamentação das figuras de transmissão das obrigações acima destacadas⁴⁹³.

Com efeito, se apenas a transferência da mesma obrigação pretérita resultar da novação subjetiva, o “novo” devedor poderá opor ao credor aquelas exceções afetas ao seu inadimplemento, dada a manutenção da *causa debendi*.

Embora sejam distintas as obrigações pretérita e nova, há entre elas um estreito liame, derivado da comunhão de causa, produtor dos mesmos efeitos práticos, que, aliado ao sopro de equidade que infla o instituto, justificariam a subsistência da exceção de contrato não cumprido.

No entanto, esse devedor não poderá opor aquelas exceções pessoais que por ventura tiver contra o devedor porque, entre estas e a obrigação eventualmente inadimplida, não haverá relação de sinalagmaticidade.

De resto, certamente poderá ter cabimento a exceção de contrato não cumprido na situação contratual criada após a novação, caso ainda reste vínculo sinalagmático. No entanto, se este for o caso, haverá uma situação inteiramente diversa, mas não de hipótese de sobrevivência da exceção ao efeito extintivo da novação.

A distinção de tratamento encontra *discrímen* no fato já antecipado de a novação objetiva implicar extinção da obrigação e, com ela, da respectiva *causa debendi*, tornando-a abstrata e diversa daquela que originalmente ensejou a oposição da exceção.

⁴⁹³ Conforme Lotufo, *op. cit.*, v. 2, p. 344-345; Lopes, *op. cit.*, p. 336-337.

9.3.3. IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

Outra causa relevante de extinção da exceção de contrato não cumprido, pela via reflexa da extinção da obrigação, consiste na impossibilidade da prestação⁴⁹⁴.

Em uma síntese estreita, a impossibilidade da prestação pode ser coeva à celebração do negócio, situação em que a mácula atrai a incidência das regras sobre a validade dos negócios, ou é superveniente, oportunidade em que se trata de causa de resolução do vínculo contratual.

Por outro lado, em termos da conduta do devedor, a impossibilidade da prestação pode ser ou não imputável, podendo-se falar também em impossibilidade subjetiva ou objetiva. Na hipótese de impossibilidade imputável, o devedor responde por perdas e danos, o que não acontece na segunda hipótese, segundo o artigo 396 do Código Civil⁴⁹⁵.

Quanto à extensão, a impossibilidade pode ser total, quando atingir todo o objeto da prestação, ou parcial, quando a prestação for atingida apenas em parte, remanescendo a possibilidade jurídica de realização do restante da prestação. A impossibilidade total enseja necessariamente a resolução do contrato, ao passo que, na resolução parcial, subsistindo o interesse do credor na

⁴⁹⁴ Não sendo este o foco do trabalho, a matéria será tratada apenas para a compreensão de seus impactos sobre a exceção de contrato não cumprido. Para maior aprofundamento a respeito da matéria, tanto no âmbito das obrigações, quanto no dos contratos, ver: Varela, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1973, v. II, p. 64-81; Telles, *op. cit.*, p. 342-345 e 359-372; Silva, *op. cit.*, p. 75-88; Torrente e Schlesinger, *op. cit.*, p. 517-518; Sacco, *op. cit.*, p. 621-623; Trabucchi, *op. cit.*, p. 561-563; Diez-Picazo e Gullon, *op. cit.*, p. 161-162 e 207-210; Ghersi, *op. cit.*, p. 280-281; Lotufo, *op. cit.*, v. 2, p. 444-447; Gomes, *op. cit.*, p. 177-179; Santos, *op. cit.*, p. 210-234; Pereira, *op. cit.*, v. II, p. 243-247; Venosa, *op. cit.*, p. 249-250 e 506; Rizzardo, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 502-504 e 525-529; Loureiro, *op. cit.*, p. 257-261; Lobo, *op. cit.*, p. 276-279.

⁴⁹⁵ “Artigo 396 – Não havendo omissão ou fato imputável ao devedor, não incorre este em mora.” Equivalente ao artigo 963 do Código Civil de 1916.

prestação reduzida, pode haver o cumprimento, naturalmente, com a redução da contraprestação.

Enfim, quanto ao tempo de duração, a impossibilidade pode ser definitiva, hipótese em que haverá, necessariamente, a resolução contratual, e temporária, da qual, em regra, decorre apenas a suspensão do contrato, salvo se a dilação temporal tornar a prestação inútil para o credor⁴⁹⁶.

Sempre que a prestação se tornar definitivamente impossível (equiparando-se a esta a temporária da qual derivar a inutilidade da para o credor), a respectiva obrigação se extinguirá, cessando também o contrato sinalagmático. Nesse aspecto, se um contratante tiver oposto exceção de contrato não cumprido e sobrevier a impossibilidade da prestação não adimplida pelo outro contratante, a exceção cessará.

A conclusão afigura-se lógica, bastando lembrar a eficácia meramente dilatória da exceção. Ora, se o seu efeito consiste em apenas dilatar no tempo a exigibilidade da contraprestação, até a realização da prestação, tornando-se esta impossível, a exceção perderá totalmente o sentido.

No ordenamento brasileiro, para fins de resolução do contrato, a chamada *difficultas praestandi* – aquela prestação que se tornou extremamente onerosa por motivos supervenientes e alheios à vontade e ao controle do contratante-devedor – equipara-se à impossibilidade da prestação. Segundo a lição de Inocêncio Galvão Telles, a dificuldade da prestação implica a superveniência de eventos imprevistos, ou imprevisíveis, dos quais resulta o aumento desmesurado do sacrifício exigido do contratante-devedor⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Gomes, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁹⁷ Telles, *op. cit.*, p. 366-367.

Na Alemanha, a reforma de 2002 do BGB, concluída pela Lei de Modernização do Direito das Obrigações, alterou a redação do § 275, que passou a admitir o direito de o devedor negar-se a cumprir a prestação, quando esta significar uma grave desproporção em relação ao legítimo interesse do credor e à natureza do vínculo obrigacional, tudo isso ao influxo da boa-fé objetiva.

Previu-se, ainda, na aludida reforma, a possibilidade de desonerar o devedor atingido por impedimento razoável que inviabilize o cumprimento da obrigação nos termos avençados. Essas lições são plenamente aplicáveis ao Direito brasileiro, conforme anota Luiz Guilherme Loureiro⁴⁹⁸, para quem

“há impossibilidade liberatória sempre que as circunstâncias posteriores, embora não impedindo, em sentido absoluto, a prestação, incidem nesta, de tal forma que o seu cumprimento exigiria atividades e meios não razoavelmente compatíveis com aquele tipo de relação contratual, em termos de a transformar numa prestação substancialmente diversa da acordada e, por isso mesmo, extremamente onerosa para a parte.”

A rigor, a prestação continua, jurídica ou fisicamente, possível de ser prestada. Porém, sua realização exigiria esforços desmesurados e, portanto, contrários tanto à boa-fé, quanto à equidade vista em seu desdobramento lógico, o equilíbrio contratual.

Não se pode confundir a *difficultas praestandi* com o surgimento de meros entraves ordinários ao cumprimento, circunstâncias estas que, sem dúvida, compõem o risco de toda e qualquer atividade negocial. A

⁴⁹⁸ Loureiro, *op. cit.*, p. 260.

dificuldade superveniente deve ser tal que torne desarrazoado o sacrifício exigido pelo devedor e, por isso, contrário à boa-fé objetiva.

Do contrário, o contratante-devedor permanecerá obrigado; no máximo, será objeto de revisão, conforme autoriza o artigo 317 do Código Civil⁴⁹⁹, se acaso ficar configurada a *fattispecie* exigida pelo citado dispositivo⁵⁰⁰.

Como já mencionado sobre o inadimplemento, convém lembrar que, para efeito da extinção da exceção de contrato não cumprido, pouco importa se a impossibilidade da prestação possa ser, ou não, imputada ao contratante-devedor. Essa distinção relevará apenas para a questão indenizatória. No que toca à exceção em análise, extinguindo-se a obrigação devido à impossibilidade superveniente, cessará também a exceção.

Em suma, naquelas situações em que o ordenamento pátrio outorgar caráter liberatório, ou extintivo da obrigação, à impossibilidade de prestar ou à *difficultas praestandi*, cessarão também os efeitos da exceção de contrato não cumprido, em virtude da resolução do vínculo contratual.

⁴⁹⁹ “Artigo 317 – Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

⁵⁰⁰ A respeito do campo de incidência do artigo 317 do Código Civil, ver Lotufo, *op. cit.*, v. 2, p. 224-229.

10. ASPECTOS PROCESSUAIS

Muito embora o presente trabalho tenha, naturalmente, seu foco voltado aos aspectos materiais da exceção de contrato não cumprido, convém abordar alguns aspectos processuais relevantes para o estudo proposto: o ônus da prova e o julgamento da demanda na qual está oposta a exceção.

10.1. O ÔNUS DA PROVA

A primeira dessas questões de natureza processual consiste na análise do ônus da prova na exceção de contrato não cumprido. Como se dá a distribuição do ônus da prova. Ao aforar a demanda de cumprimento, o contratante deve comprovar que já cumpriu ou ofereceu a sua prestação? Ou o excipiente precisa demonstrar o estado de inadimplência do excepto?

A esse respeito, surgem duas correntes distintas: uma sustenta que esse ônus recai sobre o excepto, e a outra, naturalmente, propugna que ele recaia sobre o excipiente.

A primeira corrente resultou do entendimento de que o cumprimento da obrigação, a cargo do autor, é uma condição de admissibilidade da demanda pelo cumprimento. Nesses termos, o excepto, ainda na qualidade de autor, seria obrigado a provar, no ajuizamento do pleito, já ter cumprido ou oferecido cumprir a sua obrigação. Na Alemanha, segundo Enneccerus, Keller

sustentou esse entendimento, embora sem eco na doutrina ou na jurisprudência⁵⁰¹.

Porém, esse entendimento parece ter sido perfilhado no ordenamento argentino. Em vista dos termos do artigo 1.201 do Código Vélez Sársfield⁵⁰², José Maria Gastaldi e Esteban Centanaro⁵⁰³ sustentam que

“el codificador civil impone a quien demande el cumplimiento de un contrato bilateral acreditar que él cumplió dicho contrato, o que ofreció cumplirlo, o que su obligación es a plazo, atento los claros términos del artículo 1.201.”

No entanto, mesmo na Alemanha, o entendimento foi absolutamente rechaçado, considerando a sua completa desarmonia com o caráter técnico da *exceptio*. Enxergar na prova do cumprimento da obrigação requisito de admissibilidade da ação cominatória contraria o fato de o inadimplemento do autor não poder ser conhecido de ofício pelo juiz, ou seja, sem que a exceção seja oposta pelo respectivo titular. A esse respeito, Enneccerus⁵⁰⁴ lembra:

“Si fuera exacta esta tesis [referindo-se ao entendimento de Keller], la demanda tendría que ser desestimada cuando el demandante pidiera simplemente la prestación, sin alegar haber cumplido por su parte. Por el contrario, conforme nuestra opinión, el demandado ha de ser condenado si no invoca su excepción y, por tanto, también especialmente en el caso de sentencia de rebeldía, si el demandante reclama solamente la prestación, sin alegar el cumplimiento por su parte.”

⁵⁰¹ Enneccerus, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁰² O artigo 1.201 do Código Civil argentino estabelece: “Artículo 1.201 – en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo.” O dispositivo, cuja redação aproxima-se bastante da redação do artigo 1.955 do *Esboço*, de Teixeira de Freitas, tem uma regra probatória específica para a exceção de contrato não cumprido ausente no direito brasileiro.

⁵⁰³ Gastaldi e Centanaro, *op. cit.*, p. 133.

⁵⁰⁴ Enneccerus, *op. cit.*, p. 163.

Naturalmente, se não se exige do autor que alegue ter cumprido a sua obrigação, muito menos se exigirá a prova de tal alegação. Do contrário, seria absolutamente inócuo dizer que, sem invocar a exceção, a matéria nela veiculada não poderia ser conhecida pelo juiz da causa. Se tal prova fosse requisito da ação, nos casos em que ela faltasse, o demandado obteria a absolvição mesmo sem ter oposto a exceção, o que contraria a natureza do instituto.

Uma outra manifestação dessa corrente atribui o ônus da prova ao excepto, mas não na qualidade de autor propriamente dita, e sim na sua qualidade mesma de excepto. Para tanto, adotou a formulação segundo a qual o excipiente não nega a existência e a validade da pretensão contra ele dirigida; obrando apenas para obter o adimplemento simultâneo, não lhe incumbiria qualquer prova, salvo aquela já apresentada pelo próprio autor-excepto, isto é, a existência de contrato bilateral.

A esse respeito, a lição de Antônio Chaves⁵⁰⁵, para quem cabe ao interessado apenas alegar a exceção, incumbindo, outrossim, a quem queira fazer valer o seu direito ao recebimento da prestação, que cumpriu regularmente a obrigação devida. Segundo esse entendimento, o ônus probatório seria do excepto, pois ao excipiente basta a existência do contrato bilateral, já afirmada na demanda aforada pelo excepto.

No entanto, e aí reside o lastro da segunda corrente, o fato de o excipiente encontrar, nas alegações do excepto, a prova de que precisa seria apenas circunstancial, não sendo causa idônea que justifique qualquer alteração na regra sobre distribuição do ônus da prova.

⁵⁰⁵ Chaves, *op. cit.*, p. 1.681.

Ainda conforme aqueles que comungam desta posição, por veicular fatos modificativos do direito do excepto, a exceção exigiria a prova por parte do excipiente, pouco importando se obtida na petição inicial, nas palavras do demandante-excepto ou em qualquer outra fonte, desde que seja lícita.

O entendimento de Darcy Bessone⁵⁰⁶ segue, em linhas gerais, a segunda corrente, invocando o princípio *reus in excipiendo fit actor*. Em nota sobre o tema, aponta a inconsistência da tese da inversão do ônus da prova apenas pelo fato de o autor ser, freqüentemente, obrigado a invocar a existência do contrato bilateral como prova de seu pedido, o que se afiguraria meramente circunstancial⁵⁰⁷.

A solução da questão deve considerar a regra de distribuição do ônus da prova, sobre a qual Francesco Carnelutti⁵⁰⁸ anota com concisão:

“Com efeito, a produção da prova de um fato torna-se um ônus para a parte que tem interesse na sua afirmação. Desse princípio, dá-nos uma formulação aproximada a conhecida fórmula onus probandi ei incumbit qui dicit, non qui negat, mas, para ser exata, nela há que retificar o quit dicit por cui dicere prodest e reciprocamente o qui negat por cui dicere nocet ou cui negare prodest.”

No Direito pátrio, o artigo 333 do Código de Processo Civil⁵⁰⁹ estabelece que incumbe ao autor o ônus da prova, quando se tratar de fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quando se tratar de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁵⁰⁶ Bessone, *op. cit.*, p. 266.

⁵⁰⁷ *Idem ibidem*, p. 266, nota 12.

⁵⁰⁸ Carnelutti. *Teoria geral do direito*. 2ª imp. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 542.

⁵⁰⁹ “Artigo 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

É ilustrativa, a esse respeito, a situação lembrada pelo próprio Darcy Bessone⁵¹⁰. Imagine-se que a obrigação, cujo inadimplemento legitimará a exceção de contrato não cumprido, foi alterada em um negócio jurídico posterior, que modificou o original, visando a tornar simultâneo o adimplemento que, no início, não o era. Imagine-se, agora, que o autor-excepto omite o documento do magistrado, deixando de juntá-lo aos autos, porque assim lhe convém.

Nessa hipótese, a prova necessária ao excipiente não foi, claramente, produzida pelo excepto. Então, o excepto poderia, sem trazer à baila o negócio jurídico posterior, fazer prevalecer a sua exceção? A resposta deve ser negativa, confirmando que, na verdade, o ônus da prova da exceção, fato impeditivo ou modificativo, ainda que transitoriamente, do direito do autor, nunca deixou de recair sobre o excipiente.

À lição de Darcy Bessone acima citada cabe apenas um reparo: ao exigir, na maioria dos casos, a prova de que algo não ocorreu, a prova do inadimplemento pode ser nefasta. De modo que, a rigor, embora o ônus da prova efetivamente recaia sobre o excipiente, seu foco deve ser, sempre, a existência do contrato bilateral. Essa prova, somada à alegação do inadimplemento, faz com que o autor-excepto tenha de provar que cumpriu ou justificar por que ainda não o fez.

Pode ocorrer que, circunstancialmente, esta prova lhe seja facilitada pela necessidade de o autor fazer essa mesma prova (da existência do contrato bilateral), para poder demonstrar a procedência de sua pretensão. Com isso, haveria a constituição de um fato incontroverso, conforme o artigo 334, incisos

⁵¹⁰ Bessone, *op. cit.*, p. 266, nota 12.

II e III, do Código de Processo Civil⁵¹¹. Trata-se, cabe insistir, de mero aspecto circunstancial, que nada tem a ver com o ônus da prova.

É irretocável o entendimento de Carvalho Santos⁵¹²:

“A exceção de que tratamos, ensina Giorgi, deriva diretamente do contrato e não é senão uma espécie de exceção de dolo, que o executado deve, como qualquer outra exceção, provar completamente. Acontece, entretanto, que quase sempre ele fica desonerado de fazer essa prova, por ter sido esta fornecida, naturalmente, e sem propósito deliberado, pelo próprio autor. Este, de fato, para estabelecer os fundamentos de sua demanda, deve exhibir o contrato e, assim, fazendo confessar, sem o querer, a obrigação que assumiu; ora, por isso que uma obrigação se presume sempre subsistente até que se prove a sua extinção, o executado encontra fornecida a prova da sua exceção nas alegações do autor, se este, ao mesmo passo que exhibe o contrato, não ofereça o adimplemento ou não prove já havê-lo executado. Mas isso tudo não aconteceria se a ação não contivesse virtualmente a prova da exceção.”

Invocando novamente a situação hipotética já citada, imagine-se que o demandado invoque a exceção de contrato não cumprido, mesmo sem trazer o aditamento ao contrato. Atribuído ao excepto o ônus da prova, ele será, necessariamente, beneficiado pela sua torpeza, na medida em que a exceção não será cabível, porque não consta dos autos uma situação de coetaneidade de adimplemento. Por outro lado, atribuído tal ônus ao excipiente, a rejeição da exceção estará em harmonia com a situação criada pela sua inércia quanto à prova da reunião das condições para o exercício da exceção em análise.

Em sentido contrário, entendendo recair sobre o demandante-excepto o ônus da prova, Pontes de Miranda⁵¹³ sustenta:

⁵¹¹ “Artigo 334 – Não dependem de prova os fatos:

(...)

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontrovertidos;

(...)”

⁵¹² Santos, *op. cit.*, p. 241.

⁵¹³ Pontes de Miranda, *op. cit.*, tomo XXIV, p. 136.

“O demandado não tem de provar o direito de exceção, porque a exceção provém, intrinsecamente, do contrato bilateral, que o demandante mesmo alegou existir e ser eficaz. O demandante é que tem de provar que adimpliu.”

Lendo-se atentamente as lições Pontes de Miranda, pode-se imaginar que eles são partidários da corrente que atribui o ônus da prova ao excepto. No entanto, o que transparece de sua lição é justamente aquilo já esposado acima: na prática, o excipiente tende a ficar desobrigado do ônus probatório porque a prova, geralmente, é fornecida pelo próprio autor-excepto.

Outra passagem do texto de Pontes de Miranda⁵¹⁴ corrobora este entendimento:

“Quem excepciona por inadimplemento tem de provar que há a obrigação do executado, porque implicitamente se afirma que alguém deve e é obrigado quando se alega que não cumpriu como devia. Mas o excetuado é que tem de provar que cumpriu.”

Não se discute que, uma vez provado, pelo excipiente, o cabimento e a legitimidade da exceção, o autor deverá demonstrar a insubsistência das alegações e provas do excipiente. Deverá sim, provar que já cumpriu ou que ainda não está obrigado a fazê-lo. No entanto, aí já se deixou o campo da prova da exceção, para adentrar o campo da prova da impertinência do fato impeditivo do direito do autor-excepto apresentada pelo excipiente.

Quanto à exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente, em princípio, a orientação sobre a distribuição do ônus da prova permanece a mesma, especialmente quando a prestação incompleta, ou defeituosa, tiver sido recebida como pagamento. O excipiente deve, então, demonstrar a irregularidade da prestação recebida, requisito dessa espécie de exceção.

⁵¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 137.

O mesmo ocorre, em princípio, com a exceção de insegurança, em que o excipiente precisa demonstrar que há os requisitos legitimadores de sua oposição, destacando a existência de relação sinalagmática, a sua obrigação de cumprir primeiro e, especialmente, a superveniência de perda patrimonial do excepto que torne duvidosa a realização da contraprestação.

Quando se tratar de demanda manifestada pela via executiva, a prova do pagamento pelo exequente consubstanciará, aí sim, condição de admissibilidade da execução, dada a sua imprescindibilidade para a prova da exigibilidade da obrigação representada pelo título executivo.

Convém lembrar que, segundo o disposto nos artigos 580⁵¹⁵, 582⁵¹⁶ e 586⁵¹⁷, todos do Código de Processo Civil, não se admite a execução fundada em título representativo de obrigação inexigível. Ademais, a execução tem cabimento quando se verifica que o inadimplemento é injustificado, por parte da pessoa a ser executada.

Em síntese, a grande polêmica parece residir menos na definição de quem deve suportar o ônus da prova propriamente dito, do que naquilo que se deve considerar como ônus da prova da exceção.

Identifica-se o ônus da prova da exceção nos casos em que o excipiente precisa reunir os requisitos exigidos para a oposição da aludida exceção, especialmente a existência do contrato bilateral, da coetaneidade do

⁵¹⁵ “Artigo 580 – Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução”.

⁵¹⁶ “Artigo 582 – Em todos os casos em que é defeso a um contratante, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe a satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta.”

⁵¹⁷ “Artigo 586 – A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.”

adimplemento e, na exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente, da inconformidade da prestação recebida.

Depois de provar a coexistência desses requisitos, mesmo mediante as alegações ou provas do excepto, o excipiente deverá provar a impertinência da exceção, demonstrando que já cumpriu (inclusive de forma regular) ou que sua obrigação não é exigível.

Mas aí, como já foi dito, deixou-se o campo do ônus da prova da exceção e migrou-se para o campo da impertinência do fato impeditivo alegado pelo réu excipiente que, sabidamente, recai sobre o autor-excepto.

10.2. O JULGAMENTO DA DEMANDA

O exercício da exceção de contrato não cumprido não pressupõe a existência de uma demanda judicial. Porém, havendo lide e sendo procedente a exceção, qual deverá ser a conduta do juiz? Paralisar ou julgar a demanda? No caso de julgamento, a condenação ao adimplemento simultâneo será cabível ou deverá ser decretada a improcedência, abrindo-se espaço para a repositura após o cumprimento? Estas questões são abordadas neste tópico.

A primeira questão não levanta maiores problemas. A paralisação da demanda na pendência do inadimplemento do autor perpetuaria o estado de litigiosidade estabelecido entre as partes, contrariando os cânones do Direito Processual Civil.

Na questão subsequente, pode-se identificar a existência de duas

correntes distintas: na primeira, o acolhimento da exceção acarreta a rejeição da demanda, embora não evite a sua repropositura, com base no adimplemento – fato novo. A essa corrente filiam-se Luiz Diez-Picazo e Antonio Gullon⁵¹⁸ e Darcy Bessone⁵¹⁹

Já para os adeptos da segunda corrente, a demanda deve ser julgada procedente e autor e réu condenados a prestar de forma simultânea, em atenção ao princípio da co-pontualidade ou simultaneidade das prestações. A ela se filiam Enneccerus⁵²⁰, Pontes de Miranda⁵²¹ e Humberto Theodoro Jr.⁵²².

À primeira corrente opõe-se uma séria objeção, pois ela atenta contra a economia processual. Isto porque, ao decretar a improcedência da demanda, o magistrado estaria simplesmente deslocando a questão para um novo litígio entre as partes, perpetuando indesejavelmente a situação de beligerância.

⁵¹⁸ “La excepción de incumplimiento contractual constituye una medida de defensa del demandado. Su efecto primordial es una suspensión provisional de la obligación. Neutraliza temporalmente el derecho del actor, pero no lo extingue ni lo destruye. Desde el punto de vista procesal, la excepción determinará la desestimación de la demanda, pero el actor podrá iniciar una reclamación mejor fundada, cumpliendo previamente su propia obligación o llevando a cabo una oferta de cumplimiento simultáneo.” (Diez-Picazo e Gullon, *op. cit.*, p. 124).

⁵¹⁹ “Se o réu excipiente se recusou a cumprir o contrato, porque o seu co-contratante se tornou inadimplente, o oferecimento ulterior da execução das obrigações descumpridas, se remove o fundamento da recusa, não a torna ilegítima, sujeitando o excipiente à posição de vencido, com os ônus consequentes.” (Bessone, *op. cit.*, p. 266).

⁵²⁰ “La exceptio non adimpleti contractus o non rite adimpleti contractus es una excepción dilatória. Pero no tiene por consecuencia la desestimación de la demanda, sino la de que se condene al demandado a prestar simultáneamente a la contraprestación del demandante.” (Enneccerus, *op. cit.*, p. 167).

⁵²¹ “Se o figurante exerce a exceção non adimpleti contractus, ou a non rite adimpleti contractus, com isso não se pré-exclui o julgamento de procedência da demanda; apenas se condena o demandado a prestar simultaneamente, ao receber a contraprestação. A condenação a prestar simultaneamente tanto se dá se as prestações haviam de ser simultâneas como se a prestação do demandante tinha de ser anterior, ou se ambas já têm de ser feitas.” (Pontes de Miranda, *op. cit.*, tomo XXIV, p. 135).

⁵²² “Processualmente, portanto, não há diferença de eficácia entre a exceção de retenção e a de contrato não cumprido: ambas são defesas dilatórias, que paralisam temporariamente a exigibilidade do direito do autor, mas que não levam à improcedência de sua pretensão. (...) Não se pode julgar improcedente o pedido do autor, porque a exceção do art. 1.092 [atualmente equivalente ao artigo 476, do Código Civil] pressupõe o reconhecimento da existência da obrigação do réu bem como o não cumprimento da prestação (embora justo).” (Theodoro Jr., *op. cit.*, p. 120-121).

Esta situação, já se sabe, contraria todos os princípios que informam o Direito Processual Civil, na medida em que viola a sua própria finalidade: garantir a pacificação social por meio da decisão geralmente imutável do Poder Judiciário, com o mínimo possível de tempo e esforço de todos os envolvidos.

A segunda corrente também poderia sofrer, em princípio, objeção de natureza processual, pois exigiria a prolação de sentença condicional, nula por expressa dicção do artigo 460, parágrafo único, do Código de Processo Civil⁵²³. Isto porque, segundo esse entendimento, a condenação do excipiente ao cumprimento seria condicionada ao cumprimento por parte do excepto.

A esse respeito, analisando a aplicação da solução contida no § 322 do BGB⁵²⁴ ao Direito brasileiro, Serpa Lopes entende ser necessário recorrer ao instituto da sentença condicional para viabilizar a condenação à prestação simultânea, entendendo admitida a solução pelo sistema processual civil⁵²⁵.

Tenha-se em mente que, ao tempo da elaboração da obra Serpa Lopes, vigia o Código de Processo Civil de 1939, revogado em 1973 pelo chamado Código Buzaid. No entender do saudoso mestre, o diploma revogado toleraria as sentenças condicionais, considerando-se as regras insertas nos

⁵²³ “Parágrafo único – A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”

⁵²⁴ “§ 322 – Si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectuación de la contraprestación solo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento ‘ZUG UM ZUG’. Si la parte demandante ha de cumplir la prestación antes, en caso de que la otra parte esté en mora cuanto a la aceptación, puede entablar acción para reclamar la prestación después de la recepción de la contraprestación por la otra parte.”

⁵²⁵ “Resulta daí que autor e réu, consoante o Direito alemão, são ambos condenados a cumprir o contrato reciprocamente. Pode a mesma situação ser reproduzida em nosso Direito? Para tanto, mister se faz resolver um problema preliminar: a possibilidade de uma condenação condicional. No Direito Processual anterior ao atual Código de Processo Civil nacional [refere-se à codificação de 1939], não se concebia uma sentença com aquele caráter. (...) Não cremos que possa haver obstáculos a que o juiz aplique uma sentença condicional no caso de oposição da exceptio non adimplenti contractus, pois que, além de outras vantagens, ter-se-ia a da economia processual, sem que daí advenha qualquer prejuízo ao réu. O nosso Código de Processo Civil, no art. 893, bem como no art. 900, prevê regras partidas da pressuposição de uma sentença condicional.” (Lopes, *op. cit.*, p. 161-162).

artigos 893⁵²⁶ e 900⁵²⁷. E, como destacou Serpa Lopes, se houver vedação a sentenças de tal cunho, a solução não será possível.

Porém, o Código de Processo Civil ora vigente⁵²⁸ exige a prolação de sentenças certas, segundo o disposto no parágrafo único do artigo 460, já transcrito. A questão consiste, então, em saber se tal vedação tem dimensão normativa apta a invalidar, ou impedir, a prolação de uma sentença que, julgando a demanda cominatória na qual a exceção foi oposta, condena as partes ao adimplemento simultâneo.

A resposta deve ser negativa. Ao exigir certeza nas sentenças judiciais, o legislador tem por escopo evitar a existência de sentenças que verdadeiramente deixem de aplicar o direito ao caso concreto, isto é, não impliquem o exercício da função jurisdicional. Exemplo típico de uma decisão que infringe os termos do artigo 460, parágrafo único, do Código de Processo Civil pode ser verificado em acórdão proferido pela 1.^a Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵²⁹.

⁵²⁶ “Artigo 893 – Quando o exercício do direito depender de condição ou de termo fixado em dia determinado, a execução poderá instaurar-se depois de verificada a condição, ou de transcorrido o dia aprazado.”

⁵²⁷ “Artigo 900 – Se a condenação fôr alternativa e, nos termos da lei civil, a escolha couber ao devedor, o exequente pedirá a citação do executado para, no prazo improrrogável de cinco (5) dias, cumprir a prestação, prosseguindo-se na execução conforme a natureza da obrigação escolhida.”

⁵²⁸ Lei n.º 5.869/73.

⁵²⁹ Apelação cível, auto n.º 2003.018304-3, cujo acórdão foi assim ementado:

“Ação civil pública. Legitimidade de cláusulas de contrato de financiamento ao consumidor final garantido por alienação fiduciária.

Competência. Pretendido deslocamento do feito para a justiça federal, porque em discussão regras impostas pelo Bcen. Circunstância que não infirma a competência da justiça estadual.

‘Nem mesmo como litisconsorte, ou como terceiro interveniente necessário, cabe cogitar-se de atrair à relação processual o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central ou qualquer outro órgão da esfera federal. O que se discute é apenas se o réu, agora Apelante, aplicou ou não corretamente os atos normativos emanados dessas instituições’ (RSTJ 43/412).

Ministério Público. Legitimidade para propor ação em que se postula a nulidade de cláusulas contratuais. Defesa de interesses de componentes de um grupo de forma indivisível; direito coletivo, pois. Precedentes.

Cerceamento de defesa. Inocorrência. Pretendida produção de prova pericial, com o escopo de afastar a alegada capitalização de juros. Dispensabilidade, diante da própria negativa da instituição financeira em exigí-los. Admissibilidade, pois, do julgamento antecipado da lide.

Se a parte alega que não pratica capitalização de juros, que é expressamente vedada pela jurisprudência em se tratando de contrato de financiamento bancário destinado ao consumidor final, não se justifica a produção de prova pericial destinada justamente a demonstrar a veracidade de tal alegação. Todavia, se a despeito da proibição e da negativa do Banco, verificar-se que algum consumidor pagou efetivamente alguma verba

A demanda, uma ação civil pública, tinha em foco, dentre outras coisas, a suposta prática de capitalização em contratos de crédito ao consumidor por uma determinada instituição financeira. Esta, por sua vez, negou tal prática no cálculo dos juros dos financiamentos oferecidos, não tendo sido realizada prova pericial, nem qualquer outra que demonstrasse a alegada capitalização.

Em sede de apelação, o Tribunal julgador reconheceu expressamente a inexistência de prova da alegada da capitalização. Nada obstante, decidiu que, se restar provada, na liquidação de sentença, a prática da alegada, mas até então não provada, capitalização, a instituição financeira deverá restituir aos clientes os valores cobrados a tal título.

Ora, não se discute que, quando a capitalização de juros não é informada ao consumidor, esta se afigura ilegal. No entanto, é fato que a instituição financeira negou tal prática e, em toda a fase de conhecimento, até o julgamento em grau de apelação, não se apresentou qualquer evidência da adoção da prática alegada na petição inicial. Isto foi reconhecido mesmo no acórdão.

resultante da capitalização de juros, tal fato poderá ser apurado na fase de liquidação, havendo, então, que se proceder à restituição do valor.

Código de Defesa do Consumidor. Mútuo bancário firmado com particular, como destinatário final. Aplicabilidade à hipótese. Inteligência do artigo 3º, §2º, do código consumerista.

Taxa de juros. Fixação acima do patamar constitucional de 12% ao ano. Admissibilidade. Precedentes do STJ.

Capitalização de juros. Contrato de financiamento bancário direto a usuário final. Vedação.

Comissão de permanência. Incidência possível a partir do vencimento da obrigação. Adoção da taxa média do mercado, desde que observado o disposto na Circular da Diretoria n.º 2.597/99, do Bacen. Orientação pretoriana consolidada neste sentido. Impossibilidade, todavia, de sua cumulação com a correção monetária. Súmula 30 do STJ.

Honorários advocatícios. Cobrança pela instituição financeira extrajudicialmente. Abusividade plenamente configurada. Ofensa ao disposto no artigo 52, XII do CODECON.

Cláusula de eleição do foro. Comarca de São Paulo. Acesso dos consumidores ao judiciário prejudicado sobremaneira. Nítida desvantagem. Inteligência do Art. 52, Inc. IV.

Restituição. Cabimento, mas apenas com relação à capitalização de juros, se comprovada, em fase de liquidação, sua efetiva cobrança.

Recurso de apelação parcialmente provido.”

Nesta situação, obviamente, o caso exigiria o decreto de improcedência da demanda, porque o autor não se desincumbiu da prova do fato constitutivo de seu alegado direito. Não era cabível a prolação de acórdão condicional, isto é, condicionando a restituição a uma eventual e futura prova da existência da capitalização de juros.

De acordo com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em termos simplórios: se houve ilícito, do qual não há prova, deverá haver reparação. A condenação à restituição ficou condicionada à existência do ilícito alegado, mas não provado na fase de conhecimento. A função jurisdicional simplesmente não foi exercida. Entendida que seja ilegal a capitalização de juros, não se fez no acórdão senão emitir uma reprise dos termos da lei, sem decisão para o caso concreto, sobre se teria havido, ou não, capitalização.

A decisão analisada é condicional porque não analisou os fatos e provas para decidir se existiu, ou não, ato ilícito. Simplesmente se disse que, se houve ilicitude, então a restituição do quanto a recebido a maior será de rigor. No entanto, isso não representa senão uma repetição do que diz a lei. Para configurar o efetivo exercício da jurisdição, o Tribunal deveria ter decidido a causa, respondendo às partes se houve, ou não, o ilícito alegado na petição inicial.

Como se pode ver, a exigência de uma sentença certa não impede a condenação de ambas as partes ao adimplemento simultâneo, no caso de ser acolhida a exceção de contrato não cumprido. Nesta hipótese, a condenação será certa e a questão do cumprimento, resolvida, mediante o reconhecimento da inexigibilidade da pretensão executiva, enquanto não ficar provado o adimplemento pela parte exequente. Não é a eficácia da sentença no mundo

fenomênico que está condicionada a alguma coisa, mas sim a exigibilidade das prestações devidas pelas partes, o que não viola a estipulação legal.

Outrossim, convém mencionar que, em se tratando de oposição da exceção de contrato não cumprido como matéria de defesa em ação de resolução, a questão da condicionalidade sequer se põe. Ao proferir sentença, o magistrado simplesmente julgará a ação procedente ou improcedente, considerando a impertinência ou pertinência da abstenção do réu e seu conseqüente incumprimento. Analisar-se-á se a sua conduta encontra justificativa nos artigos 476 e 477 do Código Civil ou se, por outro lado, caracterizou o inadimplemento injustificado.

Destaque-se, por fim, que tais lições são plenamente aplicáveis, em princípio, tanto à exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente quanto à exceção de insegurança.

11. À GUIA DE CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo de tudo o quanto foi exposto, a natureza e o escopo do presente trabalho impõem a necessidade de propor algumas notas de cunho conclusivo.

O intuito destas notas não consiste, meramente, em resumir a idéia central de cada capítulo, mesmo porque alguns temas foram tratados apenas em caráter periférico, cuja análise limitou-se ao suficiente para uma compreensão adequada do tema central, que é a exceção de contrato não cumprido.

Parece mais acertado iniciar esta derradeira tarefa, relembrando a profunda releitura pela qual passa o Direito Privado, especialmente a teoria contratual que, sem negar a riquíssima tradição jusprivatista de inspiração romano-germânica, vem abandonando ranços que impediam a sua renovação.

Novos paradigmas, como o da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, erguem-se como elementos de reciclagem da teoria contratual, libertando-a das fortes amarras que a ligam aos grilhões do dogma da vontade e da patrimonialidade, como valores únicos do Direito Civil.

Sob o influxo desses novos ares, a exceção de contrato não cumprido, como instrumento de equidade e equilíbrio nas relações contratuais, também deve refletir os novos rumos do objeto de estudo a que pertence, isto é, à teoria geral dos contratos.

Tendo tido a exceção apenas aplicações tópicas no Direito Romano, revestiu-se dos atuais contornos e se consolidou no plano do Direito Privado por obra dos glosadores, como reflexo do destaque dado à fé jurada, ao caráter sagrado da palavra empenhada e dos adágios *inadimplenti non est adimplendum* e *frangenti fidem, fides frangatur idem*.

E, embora haja uma profusão de teorias com as quais se busca isolar o fundamento jurídico da exceção de contrato não cumprido, a verdade é que não há um fundamento definitivo para tanto. A exceção encontra fundamento em diversos fatores, principalmente na noção de equidade, com seu desdobramento no equilíbrio contratual, na idéia de sinalagmaticidade e na eliminação do enriquecimento sem causa, alinhados perfeitamente à concepção de que quem contrata visa à contra-prestação, em última análise, a causa da prestação.

A regra inserta na exceção de contrato não cumprido tem caráter praticamente universal, e se instalou, inclusive, na base dos sistemas que silenciaram a seu respeito, como o Código Civil francês. Enuncia que a parte inadimplente não pode exigir da outra o adimplemento da obrigação por esta assumida, sob pena de franca violação ao equilíbrio contratual.

Aqui, deve-se desenvolver a proposta inicial colocada no capítulo 3.2.3, em que se afirmou que a exceção de contrato não cumprido é exceção substancial, dilatória e pessoal, por meio da qual o excipiente opõe-se à exigência do cumprimento de uma obrigação sinalagmática, negando-lhe a eficácia, embora não a existência, sob o fundamento do inadimplemento do excepto e o signo da simultaneidade do cumprimento, ou descumprimento pretérito pelo excepto, nas relações de trato sucessivo.

Embora satisfatório, esse conceito merece os acréscimos colhidos do estudo da influência da função social do contrato na matéria, para refletir na questão das redes contratuais. Como visto, não só o inadimplemento do co-contratante naquele mesmo contrato em que prevista a prestação, enseja a exceção. Também o faz o inadimplemento de obrigação irradiada de outro contrato, mesmo que por outro contratante, quando se tratar de contratos coligados por nexo de dependência, e as prestações puderem ser reconduzidas a uma relação de causalidade recíproca, de modo que o descumprimento importe perturbação do equilíbrio supracontratual. Em síntese, cabe a exceção desde que haja um contato, ou uma proximidade social, que justifique a aproximação de terceiros qualificados (partes apenas de um contrato coligado) à qualidade de parte do próprio contrato, cuja prestação se recusa devido ao inadimplemento alheio.

Com isso, os requisitos para a oposição legítima da exceção de contrato não cumprido podem ser passados em revista e elencados como a existência de uma relação sinalagmática – inclusive aquela formada por uma rede contratual–, a coetaneidade de prestações, o inadimplemento e a boa-fé objetiva, presente tanto na configuração do inadimplemento (por conta dos deveres laterais), quanto na função de controle da abusividade da oposição, exercendo, neste último ponto, papel ponderador dos inadimplementos contrapostos.

Como verdadeiros subprodutos da exceção de contrato não cumprido, deve-se destacar, primeiro, a exceção de contrato cumprido insatisfatoriamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*), de que se trata quando o adimplemento, embora tenha existido, não se mostrou adequado, quer devido à qualidade, quer à quantidade.

Segundo, está a exceção de insegurança, na qual a função preventiva se agiganta, evitando que uma das partes seja obrigada a cumprir ante a iminente insolvência do co-contratante, bastante para pôr em risco o recebimento da contraprestação. Por isso não se exige, nesta espécie, o inadimplemento efetivo, mas sim o fundado receio de inadimplemento como forma de tutela preventiva do excipiente, assim tido o contratante obrigado a prestar em primeiro lugar.

São estes os aspectos considerados mais relevantes para o estudo contemporâneo da exceção de contrato não cumprido. A apreensão destas lições, ao final da leitura, fará com que se julgue atingida a meta proposta no início do trabalho, que consiste em jogar as luzes da nova teoria contratual sobre o instituto, tão carente de estudos monográficos, principalmente após a edição do Código Civil coordenado pelo já saudoso Professor Miguel Reale.

12. BIBLIOGRAFIA

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Aide, 2004.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos civiles, comerciales, de consumo: teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALVIM, José Manoel Arruda. *A função social dos contratos no novo código civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 815, 2003.

ATYIAH, P.S. *An introduction to the law of contract*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1977.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues

Gama. Campinas: LZN, 2003, tomo II.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958, v. IV.

_____. *Direito das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Editora Paulo de Azevedo, 1957.

_____. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red Livros, 2001.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Contratos: perfil jurisprudencial no direito brasileiro vigente*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 801, 2002.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: contratos*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRITTO, Rodrigo de Azevedo Toscano de. *Princípio da equivalência material do contrato*. Tese de doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CALAMARI, John D. e PERILLO, Joseph M. *Contracts*. 2. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1990.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARRESI, Franco. *Il contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

CASSIN, René. *De l'exception tirée de l'inexécution dans le rapports synallagmatiques*. Paris: Sirey, 1914.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, tomo I, parte geral I.

COSCI, Maria Angélica de Queiroz. *A evolução da concepção de contrato no direito civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). *O direito da empresa e das obrigações e o novo código civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DIDIER Jr., Freddie. *Da exceção: tipologias das defesas*. Rio de Janeiro:

Revista Forense, n. 376, Forense, 2004.

DIEZ-PICAZO, Luiz e GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1976, v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. I.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. III.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Contratos coligados*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, out./dez., 2003, v. 132.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. 1. ed. Trad. Blás Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, s/a, v. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. 1. ed. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (org.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, v. 4, tomo II.

_____. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 4, tomo I.

_____. *Direito empresarial aplicado*. São Paulo: Lejus, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, tomo 5.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 9. ed. Padova: CEDAM, 1996.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002, tomo I.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations. Les effets du contrat*. Paris: LGDJ, 1992.

GLANZ, Aída. *A prescrição e a decadência no direito privado brasileiro e no direito comparado*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 672, 1991.

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

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. III.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. IV, tomo I.

_____. *Tratado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, v. IV, tomo II.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

JORGE JR., Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

LEAL, Câmara Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 832, 2005.

LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro: dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, tomo II.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido* (exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

_____. *Curso de direito civil, fontes das obrigações: contratos*. Atual. Prof. José Serpa Santa Maria. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. III.

_____. *Curso de direito civil, introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Atual. Prof. José Serpa Santa Maria. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. I.

LOPES, Teresa Ancona. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 7.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

_____. *Esquema de una teoria sistémica del contrato*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, jan./mar. 2000.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

LOTUFO, Renan (org.). *Direito civil constitucional: cadernos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, v.1.

_____. *Direito civil constitucional: cadernos*. Curitiba: Juruá, 2001, v. 2.

_____. *Direito civil constitucional: cadernos*. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3.

MARINANGELO, Rafael. *A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais impostos pela boa-fé*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 680, 1992.

_____. *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 753, 1998.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Comentários ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, tomo I.

_____. *Comentários ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, tomo II.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASSNATA, Hector. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones

Jurídicas Europa-América, 1969, v. 1, segunda parte.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro. *Função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 801, 2002.

MENDONÇA, Manuel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia., 1911, v. 1.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Teoria geral do direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Tratado de direito privado*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo IV, parte geral.

_____. *Tratado de direito privado*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo V, parte geral.

_____. *Tratado de direito privado*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000 tomo VI, parte geral.

_____. *Tratado de direito privado*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003,

tomo XXIV, parte geral.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MURPHY, Edward J.; SPEIDEL, Richard E.; AYRES, Ian. *Contract law*. 5. ed. 3.^a reimp. Nova York: Foundation Press, 2001.

NALIM, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1. ed. 4.^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural)*. Tese de livre-docência. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.

_____. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. I, segunda parte.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito empresarial brasileiro*. Campinas: LZN, 2004, v. 3.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millenium, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instituições de direito civil, introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. I.

_____. *Instituições de direito civil, obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. II.

_____. *Instituições de direito civil, contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III.

PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Civile, 2000.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina Decicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Civile, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borshoi Editor, 1954, tomo VI, parte especial .

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Trad. Adriano Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002.

PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

RAVAZZONI, Alberto. *La formazione del contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

REALE, Miguel. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Visão geral do novo código civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 808, 2003.

RESCIGNO, Pietro (coord.). *Tratatto di diritto privato*. 2. ed. Turim: UTET, 1995, v. 10, tomo 2.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

RIBEIRO, Joaquim Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de direito civil, contratos*. Coord. Everaldo Cambler. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 3.

_____. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. *Il contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 2001.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1935, v. I.

_____. *Instituições de direito civil*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958, v. III.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. XV.

SANTOS JR., E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

_____. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2.

TERRÉ, François ; SIMLER, Philippe ; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1996.

THEODORO JR., Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

_____. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, tomo II.

TORRENTE, Andréa e SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 15. ed. Milão: Giuffrè, 1997.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. 39. ed. Padova: CEDAM, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VISINTINI, Giovanna. *Il codice civile: commentario: art. 1218-1222*. Milão: Giuffrè, 1987.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 16. ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.

WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.