



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
**Centro de Ciências Sociais**  
**Faculdade de Direito**

Vitor Augusto José Butruce

**A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro  
contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um  
“direito a não cumprir”**

Rio de Janeiro

2009

Vitor Augusto José Butruce

**A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo:  
funções, pressupostos e limites de um “direito a não cumprir”**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Rio de Janeiro

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B987

Butruce, Vitor Augusto José.

A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um “direito a não cumprir” / Vitor Augusto José Butruce. - 2009.  
261 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Obrigações (Direito) - Teses. 3. Direito civil brasileiro – Teses. I. Tepedino, Gustavo José Mendes. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Vitor Augusto José Butruce

**A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo:  
funções, pressupostos e limites de um “direito a não cumprir”**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 12 de novembro de 2009.

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Anderson Schreiber

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2009

## DEDICATÓRIA

Em memória de meu avô Augusto José.

À Marcela, minha irmã.

*“So close  
No matter how far”.*

## AGRADECIMENTOS

*“Under wandering stars I’ve grown  
By myself but not alone”.*

A dissertação, simbolizando o término do Mestrado, costuma consistir no primeiro trabalho de fôlego daqueles que, como eu, ainda engatinham na vida acadêmica. Por isso seria natural dirigir alguns agradecimentos a tantas e tantas pessoas queridas que me acompanharam desde o momento em que decidi prestar o concurso (inclusive aquelas que, estranhas à carreira jurídica, possivelmente jamais lerão estas páginas). Deixo aqui de nomear muitas delas, correndo o risco de ser indelicado; seria necessária uma dissertação inteira para agradecer à altura o carinho que recebi.

Já alguns mestres, amigos e familiares estiveram diretamente envolvidos na elaboração deste estudo, seja na sua concepção, confecção ou revisão. A eles, portanto, breves palavras de gratidão são indispensáveis.

Ao Professor Gustavo Tepedino agradeço pelas sugestões, pela segurança que me proporcionou na reflexão sobre os itens essenciais deste texto, pela atenção dispensada (mesmo com uma agenda tão concorrida) e, sobretudo, pelo voto de confiança. À Professora Heloisa Helena Barboza e ao Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho registro o agradecimento pelas anotações durante o exame de qualificação, que me pouparam algumas dezenas de páginas inúteis.

Ao Professor Antonio Junqueira de Azevedo agradeço por aceitar-me como seu aluno durante o primeiro semestre de 2007, na Faculdade de Direito da USP, para conhecer suas (muito mais do que) “Sete Idéias Novas para o Direito Civil”, algumas incorporadas a este texto.

Ao Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados agradeço por ter me disponibilizado tudo de que precisei, especialmente amigos. Demian Guedes, Fábio Henrique Peres, Gisela Sampaio, Leandro Bittencourt Marcondes, Luís Sérgio Mamari Filho, Mario Gelli, Pedro Costa e Sergio Pimentel foram fundamentais no debate ou na revisão de pontos específicos deste trabalho.

Ao Chico Müssnich e ao Plínio Simões Barbosa sou imensamente grato pelo estímulo e pelo privilégio de ter discutido algumas de minhas idéias com dois gigantes da advocacia brasileira.

Espero um dia ser capaz de retribuir o quanto me foram importantes o carinho e a prestimosidade de Rebeca Garcia e Stéfanie Kornreich. Sem elas este texto não teria terminado.

Sem o incentivo de Teresa Negreiros, de quem sempre serei estagiário, este texto não teria sido iniciado.

Tive a felicidade de contar com a inteligência de Bruno Lewicki em todas as etapas desta dissertação, da escolha do tema ao fechamento de seus pontos cruciais. Se houver algo de útil nestas páginas, certamente terá sido fruto de seus comentários. Sem o Bruno, a quem devo toda a minha atividade acadêmica, este texto seria bem mais chato.

Tenho muito a agradecer também aos meus pais, Henrique e Vitoria, o que farei em local mais adequado do que estas linhas. Sem eles este texto não teria existido.

Priscilla Mouta Nunes foi a razão para este texto ter existido e terminado. Sua companhia, especialmente nos momentos de angústia, foi como um lugar seguro em que me recolhia enquanto esperava a tempestade passar. Sem ela...

A todos, muito obrigado.

E à trilha sonora, claro, deixo o agradecimento simbólico por ocupar minha mente e preencher os espaços vazios na solidão (como que a de um corredor de longa distância) das manhãs, tardes, noites e madrugadas em que me preparei para os exames e em que este trabalho foi elaborado. Foi cansativo... *“But we hold on”!* *“We die hard”!*

Uma ação que tenha fundamento em um contrato de prestações recíprocas não se pode exercitar eficazmente, senão por aquele que adimpliu com todas as obrigações que lhe eram cabíveis nos termos do contrato.

Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), *In secundam Digesti veteris Partem*. Venetiis: Ivntas, 1570, p. 127, § *Offferri Pretium*

Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 476 do Código Civil brasileiro, 2002



## RESUMO

BUTRUCE, Vitor Augusto José. *A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um “direito a não cumprir”*. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Esta dissertação tem como objetivo explorar as potencialidades do art. 476 do Código Civil brasileiro, a que se atribui a previsão legal da *exceptio non adimpleti contractus*, mecanismo tradicionalmente visto como defesa alegável pelo contratante fiel, no âmbito de um contrato bilateral, quando demandado ao cumprimento pela contraparte inadimplente. Pretende-se demonstrar a maior abrangência da regra, para dela extrair-se uma norma geral sobre um *direito a não cumprir*. Com o propósito de conferir a máxima eficácia a esse instituto, far-se-á a leitura de que, ao legitimar a suspensão da exigibilidade das prestações contratuais em razão do inadimplemento da contraparte, o art. 476 do Código Civil tem utilidade prática mais ampla do que apenas consagrar um meio de defesa no processo: pode servir como ferramenta útil a favor do contratante fiel, por vezes mais eficaz do que a execução específica ou a indenização e normalmente menos prejudicial ao inadimplente do que a resolução contratual. Para tanto será necessário compreender as linhas gerais da exceção de inadimplemento, analisando-se seu perfil funcional e sua estrutura, com destaque para a identificação daquilo que entendemos ser sua função precípua: *tutelar o contratante fiel na sua posição jurídica de devedor, permitindo-lhe recusar o cumprimento enquanto não lhe for assegurado o atendimento de seus interesses contratuais e, por consequência, afastando-lhe os efeitos de um inadimplemento imputável*. Serão também examinados os pressupostos da exceção de inadimplemento, com destaque para a análise dos conceitos de *vínculo sinalagmático* e *inadimplemento das obrigações*, bem como a *dinâmica de atuação* do mecanismo: sua eficácia, sua ineficácia e alguns exemplos de sua previsão negocial. Em linha com a metodologia do Direito Civil contemporâneo, também acrescentaremos ao estudo da matéria a noção de *limites* ao seu exercício.

Palavras-chave: Exceção de contrato não cumprido. *Exceptio non adimpleti contractus*.

Direito a não cumprir. Suspensão das obrigações. Contratos bilaterais. Sinalagma. Inadimplemento.

## RIASSUNTO

BUTRUCE, Vitor Augusto José. L'eccezione d'inadempimento *nel Diritto Civile brasiliano contemporaneo*: funzioni, presupposti e limiti di un "diritto a non adempire". 2009. 261 f. Dissertazione (Diritto Civile) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Questa dissertazione ha come obiettivo esplorare le potenzialità dell'art. 476 del Codice Civile brasiliano, a cui si attribuisce la previsione legale dell' *exceptio non adimpleti contractus*, meccanismo tradizionalmente visto come difesa adducibile dal contraente fedele, nell'ambito di un contratto bilaterale, quando demandato all'adempimento dalla controparte inadempiente. Si pretende dimostrare la maggiore portata della regola, per estrarne una norma generale su un *diritto a non adempire*. Con il proposito di conferire la massima efficacia a questo istituto, si farà la lettura di che, legittimando la sospensione dell'esigibilità delle prestazioni contrattuali in ragione dell'inadempimento della controparte, l'art. 476 del Codice Civile ha un'utilità pratica più ampia che semplicemente convalidare un mezzo di difesa nel processo: può servire come interessante strumento a favore del contraente fedele, a volte più efficace dell'esecuzione specifica o l'indennizzo e normalmente meno dannosa all'inadempiente della risoluzione contrattuale. A tale scopo sarà necessario comprendere le linee generali dell'eccezione d'inadempimento, analizzandosi la sua struttura e il suo profilo funzionale, con risalto all'identificazione di quello che riteniamo sia la sua funzione principale: *tutelare il contraente fedele nella sua condizione giuridica di debitore, permettendogli di rifiutare il adempimento finché non gli venga assicurato il raggiungimento dei suoi interessi contrattuali e allontanandogli gli effetti di un inadempimento imputabile*. Saranno anche esaminati i presupposti dell'eccezione d'inadempimento, in cui risalta l'analisi dei concetti di *vincolo sinalagmatico e inadempimento degli obbligazioni*, e la *dinamica di attuazione* del meccanismo: la sua efficacia, la sua inefficacia e alcuni esempi della sua previsione negoziale. In linea con la metodologia del Diritto Civile contemporaneo, cerchiamo anche di aggiungere all'esame della materia la nozione di *limiti* al suo esercizio.

Parole chiave: Eccezione d'inadempimento. *Exceptio non adimpleti contractus*. Diritto a non adempire. Sospensione degli obbligazioni. Contratti bilaterali. Sinalagma. Inadempimento.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

art.	artigo
arts.	artigos
BGB	Código Civil alemão
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
cf.	conferir
cit.	referência bibliográfica já citada
d. m.	decisão monocrática
Des.	Desembargador
ed.	editora
j.	julgado em
JB	Jurisprudência Brasileira
Min.	Ministro
n°	número
p.	página
pp.	páginas
Rel.	relator
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	tomo
TJRJ	Tribunal de Justiça do RJ
TJRS	Tribunal de Justiça do RS
TJSC	Tribunal de Justiça de SC
TJSP	Tribunal de Justiça de SP
v.	vide
v. m.	votação por maioria
v. u.	votação unânime
vol.	volume

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
1 ESTRUTURA E FUNÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO .....	19
1.1 Linhas gerais sobre a exceção de contrato não cumprido .....	20
1.2 A evolução histórica da <i>exceptio non adimpleti contractus</i> .....	24
1.3 O fundamento da <i>exceptio non adimpleti contractus</i> .....	32
1.4 As potencialidades do art. 476 do Código Civil .....	43
1.4.1 <u>Defesa do réu diante da pretensão ao cumprimento de obrigação contratual</u> .....	47
1.4.2 <u>Defesa do réu na ação de resolução contratual por inadimplemento</u> .....	54
1.4.3 <u>A utilidade do reconhecimento de um “direito a não cumprir”</u> .....	56
1.5 A natureza jurídica e o conteúdo da exceção de contrato não cumprido.....	64
1.6 O perfil funcional da exceção de contrato não cumprido .....	67
2 OS PRESSUPOSTOS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO .....	78
2.1 “Nos contratos bilaterais”: o vínculo de correspectividade.....	80
2.1.1 <u>A evolução dos conceitos de “contratos bilaterais” e “sinalagma”</u> .....	82
2.1.2 <u>O vínculo de correspectividade: “sinalagma”</u> .....	91
2.1.3 <u>O conteúdo do vínculo de correspectividade</u> .....	96
2.1.4 <u>A identificação do vínculo de correspectividade</u> .....	103
2.1.4.1 Os deveres de conduta perante o vínculo de correspectividade .....	111
2.1.4.2 O vínculo de correspectividade nos contratos coligados.....	113
2.1.4.3 O vínculo de correspectividade nos contratos plurilaterais .....	116
2.2 “Antes de cumprida a sua obrigação”: o inadimplemento .....	123
2.2.1 <u>O modelo peculiar de inadimplemento no Direito brasileiro</u> .....	125
2.2.2 <u>As classificações do inadimplemento no Brasil</u> .....	127
2.2.3 <u>O descumprimento ensejador da <i>exceptio non adimpleti contractus</i></u> .....	134
2.3 “Exigir o implemento da do outro”: a exigibilidade da obrigação do excepto .....	141

<b>3</b>	<b>A DINÂMICA DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO: EFICÁCIA, INEFICÁCIA E ARRANJOS CONTRATUAIS.....</b>	<b>149</b>
3.1	<b>Os efeitos da exceção de inadimplemento .....</b>	<b>149</b>
3.1.1	<u>A suspensão da exigibilidade da prestação do excipiente .....</u>	<b>150</b>
3.1.2	<u>A não-imputabilidade dos efeitos do inadimplemento ao excipiente.....</u>	<b>152</b>
3.1.3	<u>Outras conseqüências decorrentes da exceção de inadimplemento.....</u>	<b>155</b>
3.1.4	<u>Os efeitos da exceção de inadimplemento perante terceiros .....</u>	<b>158</b>
3.2	<b>A ineficácia da exceção de inadimplemento .....</b>	<b>160</b>
3.2.1	<u>A extinção das obrigações como fator de ineficácia superveniente .....</u>	<b>161</b>
3.2.2	<u>A prescrição da exceção de inadimplemento .....</u>	<b>164</b>
3.2.3	<u>A renúncia ao exercício da exceção de inadimplemento.....</u>	<b>166</b>
3.2.4	<u>A prestação de caução pelo excepto obsta a exceção de inadimplemento? .....</u>	<b>168</b>
3.3	<b>Os arranjos contratuais sobre a exceção de inadimplemento .....</b>	<b>170</b>
<b>4</b>	<b>OS LIMITES À EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO.....</b>	<b>176</b>
4.1	<b>Os limites à oponibilidade da exceção de inadimplemento: o oferecimento abusivo.....</b>	<b>179</b>
4.1.1	<u>O oferecimento disfuncional da exceção de inadimplemento .....</u>	<b>183</b>
4.1.2	<u>O oferecimento da exceção de inadimplemento contrário à boa-fé .....</u>	<b>187</b>
4.1.3	<u>A exceção de inadimplemento perante comportamentos contraditórios.....</u>	<b>190</b>
4.2	<b>Os limites aos efeitos da exceção de inadimplemento.....</b>	<b>194</b>
4.2.1	<u>A exceção de inadimplemento diante de cumprimento imperfeito .....</u>	<b>194</b>
4.2.2	<u>A exceção de inadimplemento diante de adimplemento substancial .....</u>	<b>203</b>
4.3	<b>Os limites ao exercício da exceção de inadimplemento .....</b>	<b>210</b>
4.3.1	<u>A mitigação da exceção de inadimplemento diante do paradigma da essencialidade .....</u>	<b>210</b>
4.3.2	<u>Os interesses relevantes de terceiros ao redor da execução do contrato .....</u>	<b>214</b>
4.4	<b>A exceção de inadimplemento em relações de consumo .....</b>	<b>217</b>
4.5	<b>A exceção de inadimplemento no debate sobre o corte de serviços essenciais .....</b>	<b>218</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>224</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>232</b>

## INTRODUÇÃO

*“And it seems to me that at this time we need education in the obvious more than investigation of the obscure”.*

OLIVER WENDELL HOLMES, JR.\*

### **Uma história baseada em fatos reais...**

Imagine o leitor a seguinte situação: a equipe profissional de futebol de um grande clube brasileiro desembarca nos Emirados Árabes para iniciar a disputa do Campeonato Mundial de Clubes. Ampla cobertura da imprensa de todo o mundo nos treinamentos, nas entrevistas e, claro, nas partidas, acompanhadas com grande interesse por um sem número de torcedores. Justamente nesse momento, em que o clube recebe estupenda visibilidade global, a logomarca de seu patrocinador – um fabricante de refrigerantes – é retirada das camisas, panos de fundo, agasalhos, enfim, de qualquer uniforme ou acessório utilizado pelos atletas. Inconformado, o patrocinador move ação contra o clube, pleiteando, com urgência, o retorno de sua logomarca aos materiais da equipe ainda durante o desenrolar da competição.

Continuando o exercício de imaginação, esclareça-se que a estratégia do clube se baseia num suposto cumprimento insatisfatório do contrato de patrocínio, especificamente quanto à remuneração devida pelo patrocinador. Alega-se que, segundo cláusula contratual, além do recebimento de uma quota fixa mensal, o clube faz jus a uma remuneração variável, calculada com base nos ganhos obtidos pelo patrocinador mediante a comercialização de refrigerantes contendo o escudo do time em seu rótulo; e, no entender dos dirigentes, o patrocinador não teria envidado os melhores esforços para explorar ao máximo o potencial desse produto, cuja alta expectativa de retorno financeiro tinha sido fundamental para a celebração do contrato nos moldes em que assinado. Perante esses fatos, o clube sustenta que, enquanto o patrocinador não cumprir

---

\* Oliver Wendell Holmes Jr., *Collected legal papers*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2006, pp. 292-293.

corretamente seu dever contratual de incrementar a venda dos refrigerantes personalizados, não lhe pode ser exigida a exibição da marca do parceiro. Suponha-se, enfim, que a argumentação do clube esteja lastreada em provas robustas.

Traçado esse cenário, pergunta-se: o clube poderia adotar tal postura? Ou, diante do incumprimento pelo patrocinador, estaria ele limitado a optar entre a execução do contrato em juízo ou sua resolução, cumuladas com o ressarcimento de perdas e danos? Poderia o mau cumprimento da cláusula sobre remuneração variável justificar a recusa do clube em expor a logomarca do patrocinador? Ou somente a inadimplência da quota fixa mensal teria esse condão? O procedimento adotado pelo clube seria legítimo? E seria legítima a conduta do patrocinador, ao pretender compartilhar o espaço proporcionado pelo clube na mídia sem executar suas obrigações à risca, em contrapartida?

As respostas a essas perguntas dependem, em maior ou menor grau, da aplicação de um curto e conhecidíssimo dispositivo, cuja transcrição merece destaque:

*Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*

Eis a *exceptio non adimpleti contractus*, denominada “exceção de contrato não cumprido” pelo Código Civil de 2002 e também conhecida como “exceção de inadimplemento” ou “exceção de inexecução”. Trata-se, em suma, de mecanismo capaz de legitimar a recusa do contratante fiel a cumprir uma obrigação sua enquanto a contraparte não adimplir, anterior ou simultaneamente, a que lhe compete. Esse instituto será o objeto das próximas páginas.

Mas, por que estudá-lo? Sendo um instrumento tão conhecido, tão recorrente, com termos tão claros e, diriam alguns, fundamentos tão óbvios, o que justifica sua escolha como tema de toda uma dissertação de Mestrado – ainda mais considerando-se

já ter o Direito brasileiro sido contemplado com uma obra clássica a respeito, da lavra de civilista igualmente clássico<sup>1</sup>?

### **Por que estudar a exceção de inadimplemento?**

Ao completar mais de meia década de vigência, o Código Civil de 2002 já deixou de ser uma *novidade* para tornar-se uma *realidade*. Se as perplexidades a respeito de suas inovações (efetivas ou aparentes) ainda não foram completamente superadas, ao menos o uso constante de princípios jurídicos ou cláusulas gerais já não representa mais um tabu; questiona-se o modo de incidência daqueles, ou o grau de concretude destas, mas o primeiro passo parece ter sido dado com sucesso. O Direito Civil brasileiro encontra-se em estado de especial renovação dogmática.

É natural que neste momento a atenção dos estudiosos se volte para pontos de maior relevância sistemática. Eis o porquê de temas como a operatividade da boa-fé ou os contornos jurídicos da função social do contrato, entre outros, serem objeto de numerosos ensaios, dissertações ou teses. Todavia, embora emblemáticos, estes assuntos não são os únicos a merecer cuidado e revisão.

Mecanismo de extrema relevância prática, a exceção de inadimplemento carece de maiores debates à luz do Direito Civil contemporâneo. Seu desenvolvimento teórico entre nós, capitaneado pela tese de SERPA LOPES, nem sempre encontra repercussão

---

<sup>1</sup> Fazemos menção à obra de Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, fruto de dissertação elaborada pelo autor, à época desembargador no Rio de Janeiro, para concurso à cadeira de Direito Civil da antiga Faculdade Nacional de Direito, candidatura que perdeu objeto após sua nomeação para a cátedra da matéria na então Faculdade de Direito de Niterói. Pouco antes, em 1956, a Editora Itatiaia, de Belo Horizonte, já havia publicado obra denominada *Exceção de contrato não cumprido*, de autoria de Olímpio Ferraz, e que consiste na consolidação de decisões e arrazoados relativos a um litígio, então pendente de julgamento no STF pela via extraordinária, em que o autor atuava em causa própria. Em linhas gerais, a lide dizia respeito à resolução de contrato pelo qual Olímpio Ferraz havia adquirido certo terreno, a ser posteriormente destinado a uma incorporação imobiliária – investimento que, segundo a narrativa, teria lhe causado sérios prejuízos financeiros. O texto se destaca pelo objetivo que movera Olímpio Ferraz a empenhar suas economias numa arriscada aventura no ramo imobiliário; sua expectativa era obter retorno financeiro suficiente para custear pesquisas e viagens ao exterior, capazes de comprovar grande façanha que teria alcançado. Nas palavras do próprio, teria ele descoberto “a origem da matéria viva, na qual têm quebrado a cabeça os maiores espíritos desde Lucrécio até Lamarck. Tinha Darwin por quase impossível descobrir como apareceu a vida na face da Terra. (...) Estamos em condições e com os materiais necessários para resolver o problema da origem da vida. Eu o tenho resolvido no meu espírito. Para afastar todas as dúvidas e conseguir levar a convicção aos espíritos capazes de o compreender, procuro mais elementos de prova e quero algumas pesquisas” (p. XX). O recurso extraordinário foi parcialmente provido (STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário nº 18.080/MG, Rel. Min. Ary Franco, v. u., j. 19.11.1956), mas não conseguimos apurar se Olímpio Ferraz logrou êxito nas suas pesquisas científicas.



adequada nas decisões judiciais que a aplicam ou deixam de aplicá-la. Os termos que o legislador utiliza para discipliná-la estão longe de serem suficientes para entender-se *por quê, para quê e quando* ela é cabível, bem como quais são os *efeitos* de sua invocação. Não esqueçamos, ainda, que alterações promovidas pelo recodificador em matéria obrigacional devem repercutir sobre as feições do instituto, em especial mediante o reexame do conteúdo de alguns de seus pressupostos (notadamente o inadimplemento obrigacional). São igualmente significativas as conseqüências derivadas da oxigenação que a teoria contratual tem sofrido a partir da operatividade de cláusulas gerais e princípios jurídicos em seus domínios, sobretudo os avanços teóricos alcançados com o estudo da boa-fé.

Nesse panorama, o quase cinquentenário silêncio sobre a exceção de contrato não cumprido no Direito brasileiro parece ser, por si só, uma justificativa razoavelmente plausível para a proposta de estudo que aqui se faz. Mas essa não é a única razão que nos estimula neste empreendimento; talvez sequer seja a principal. Mais do que a pequena quantidade de reflexões recentes sobre o assunto, muito nos instiga a complexidade dos inúmeros problemas jurídicos decorrentes de instituto tão dinâmico, que lida com a essência das relações contratuais: a *correspectividade*. E muitos nos incomoda que praticamente tudo o que cerca a exceção de inadimplemento esteja na ordem do dia, menos a própria *exceptio* em si<sup>2</sup>.

Também é inquietante perceber que o entendimento convencional por vezes desconsidera as potencialidades do instituto. É comum encontrar nos manuais utilizados nos bancos universitários, ou mesmo ouvir entre profissionais experientes, que, perante a inadimplência alheia, deve o credor optar entre a execução específica da obrigação ou a resolução do contrato, pedidos cumuláveis com o ressarcimento de perdas e danos. Não são muitos aqueles que, como DARCY BESSONE, se lembram de mencionar que “pode o contratante prejudicado *preferir [solução] mais branda*: recusar-se a cumprir o

---

<sup>2</sup> Tomemos como parâmetro a questão da nova principiologia contratual. Não é raro verem-se exemplos de aplicação da boa-fé objetiva ou da função social do contrato a partir de casos que lidam exatamente com a oponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus*. A bibliografia nacional recente sobre esses dois princípios, como se sabe, aumenta a cada dia, mas a exceção de inadimplemento, por sua vez, permanece deixada de lado. O mesmo pode ser dito com relação ao fenômeno da coligação contratual: a possibilidade de alegação da *exceptio* representa um dos pontos de maior interesse de tal teoria, mas essa preocupação não tem sido vista sob o ângulo inverso – isto é, pouco se estuda, no plano estrutural da exceção de inadimplemento, a possível relevância dos inadimplementos cruzados entre contratos coligados. Em outras palavras: inúmeros aspectos que cercam a *exceptio* têm sido objeto de intensos e produtivos debates, menos, curiosamente, a própria *exceptio*.

contrato até que o inadimplente cumpra o prometido. Assim, por meio de uma opção, salvará o vínculo, evitando o pior”<sup>3</sup>.

### **Esclarecimentos necessários sobre o objeto desta dissertação**

Diante de todas essas circunstâncias, e com o propósito de conferir a máxima eficácia à exceção de inadimplemento, far-se-á a leitura de que, ao legitimar a suspensão da exigibilidade das prestações contratuais em razão do inadimplemento da contraparte, o art. 476 do Código Civil tem utilidade prática mais ampla do que apenas consagrar um meio de defesa no processo: pretende-se extrair dali uma norma geral sobre um *direito a não cumprir*<sup>4</sup>. Será necessário, então, analisar suas principais *características, potencialidades, pressupostos, efeitos e limites*.

No primeiro capítulo serão examinados os perfis funcional e estrutural da *exceptio non adimpleti contractus*, com destaque para a identificação daquilo que entendemos ser sua função precípua: *tutelar o contratante fiel na sua posição jurídica de devedor, permitindo-lhe recusar o cumprimento enquanto não lhe for assegurado o atendimento de seus interesses contratuais, mediante o adimplemento correspondente, e afastando-lhe os efeitos de um inadimplemento imputável*. O Capítulo II será dedicado ao exame dos pressupostos da exceção de inadimplemento, no qual sobressai a análise dos conceitos de *vínculo sinalagmático e inadimplemento das obrigações*. No terceiro capítulo avaliaremos a *dinâmica de atuação* do mecanismo: sua eficácia, sua ineficácia e alguns exemplos de sua previsão negocial. Em linha com a metodologia do Direito Civil contemporâneo, também acrescentaremos ao estudo da matéria a noção de *limites* ao seu exercício; esse será o objeto do quarto e último capítulo, que precederá nossas conclusões.

Antes que procedamos à análise da exceção de inadimplemento, é importante tecer alguns esclarecimentos sobre o que *não será objeto de nosso estudo*. Este não é um trabalho monográfico com a pretensão de completude sobre a *exceptio non adimpleti contractus*; diversos aspectos importantes sobre seu funcionamento deixarão

---

<sup>3</sup> Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200, grifos nossos.

<sup>4</sup> Fala-se em “*um* direito a não cumprir”, em vez de “*o* direito a não cumprir”, porque se vislumbram outras hipóteses em que um contratante estará legitimado a recusar sua obrigação sem que esteja diante da exceção de inadimplemento. São exemplos a impossibilidade temporária de ele cumprir seu dever em razão de caso fortuito ou força maior ou a pendência de condição suspensiva em seu favor.

de ser tratados aqui, dadas as limitações próprias a uma dissertação de Mestrado em Direito Civil.

Não trataremos, por exemplo, da forma como a *exceptio* se manifesta no processo civil brasileiro, muito embora seja difícil examiná-la dissociada da realidade processual (obstáculo que se repete no estudo de outros temas também fortemente ligados com sua concretização no foro, como a posse ou a falência<sup>5</sup>). Problemas relevantes associados a essa rubrica não serão abordados, como, à guisa de exemplo, a distribuição do ônus da prova, a definição sobre qual o momento processual adequado para opor-se a *exceptio* ou a natureza da sentença que a acolhe; questões processuais serão eventualmente deduzidas neste trabalho apenas de forma incidental, quando relevantes para a demonstração de itens específicos sobre o regime “substancial”, por assim dizer, da matéria (como se fosse possível – não o é – fazer essa separação). Tampouco analisaremos as particularidades da *exceptio* nas relações travadas com a Administração Pública. O tema é complexo, e para cuidá-lo adequadamente seria necessária uma monografia própria – o que, aliás, já existe<sup>6</sup>.

Também não será objeto de nosso estudo o art. 477 do Código Civil de 2002<sup>7</sup>, que disciplina aquilo que se convencionou denominar “exceção de insegurança”. Quer-nos parecer que esse mecanismo não se confunde com a *exceptio non adimpleti contractus*, não sendo sequer uma espécie ou manifestação desta. Embora partilhem certas características (especialmente os efeitos de suspender a exigibilidade de uma obrigação e afastar um inadimplemento imputável), tais institutos têm requisitos distintos e, principalmente, atendem a funções diversas: a *exceptio non adimpleti contractus* busca tutelar o contratante fiel *na sua posição jurídica de devedor*,

---

<sup>5</sup> A constatação é de Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 8.

<sup>6</sup> Para uma análise específica do problema da exceção de inadimplemento nos contratos administrativos, cf. Jocélia de Almeida Castilho, *A exceptio non adimpleti contractus no âmbito do Direito Administrativo*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado pela USP, sob orientação do Prof. Dr. José Cretella Júnior, 1994. O tema ganhou novos ares com a entrada em vigor da Lei nº 8.666, de 1993, especialmente em razão do art. 78, XV, pelo que se recomenda a consulta a Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 12. ed., São Paulo: Dialética, 2008, pp. 766-795. O STJ tem se manifestado sobre o tema com certa frequência, do que é exemplo o seguinte precedente: STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 879.046/DF, Rel. Min. Denise Arruda, v. u., j. 19.05.2009.

<sup>7</sup> “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

permitindo-lhe recusar o cumprimento enquanto não lhe for assegurado o atendimento de seus interesses contratuais e, por consequência, afastando-lhe os efeitos de um inadimplemento imputável; já a exceção de insegurança busca *evitar um prejuízo patrimonial daquele que deve cumprir inicialmente*<sup>8</sup>.

Propomos, em síntese, que, no ambiente contratual contemporâneo, carente de instrumentos eficientes de tutela e insatisfeito com a mera reparação dos danos como solução para os litígios, a *exceptio non adimpleti contractus*, entendida como uma recusa legítima ao adimplemento, pode servir como ferramenta útil a favor do contratante fiel, por vezes mais eficaz do que a execução específica ou a indenização e, normalmente, menos prejudicial ao inadimplente do que a resolução contratual.

---

<sup>8</sup> Justamente por isso a exceção de insegurança pode ser obstada mediante a prestação de garantias, consoante o próprio art. 477, característica que não se manifesta na exceção de inadimplemento, como veremos no item 3.2.4 do Capítulo III. Para estudos exclusivos sobre a exceção de insegurança (tema que ainda desconhece trabalhos monográficos no Brasil), cf. Fabio Addis (coord.), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano: Giuffrè, 2006.

## 1. ESTRUTURA E FUNÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

**SUMÁRIO:** 1.1. Linhas gerais sobre a exceção de contrato não cumprido. 1.2. A evolução histórica da *exceptio non adimpleti contractus*. 1.3. O fundamento da *exceptio non adimpleti contractus*. 1.4. As potencialidades do art. 476 do Código Civil. 1.4.1. Defesa do réu diante da pretensão ao cumprimento de obrigação contratual. 1.4.2. Defesa do réu na ação de resolução contratual por inadimplemento. 1.4.3. A utilidade do reconhecimento de um “direito a não cumprir”. 1.5. A natureza jurídica e o conteúdo da exceção de contrato não cumprido. 1.6. O perfil funcional da exceção de contrato não cumprido.

“Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Como já se adiantou, a essa breve passagem, constante do art. 476 do Código Civil, é que se atribui a consagração da exceção de contrato não cumprido no Direito brasileiro. Trata-se de instituto basilar de nosso Direito contratual, com entendimento e aplicação muito distantes da simplicidade daqueles termos. Mais do que isso, as potencialidades do texto codificado parecem pouco exploradas em nossa doutrina, embora diariamente reconhecidas e aplicadas pela jurisprudência e pelos atores do tráfego negocial.

Segundo o entendimento convencional entre nossos estudiosos, a regra atribui às partes, nos contratos ditos sinalagmáticos, uma faculdade “de recusar-se a cumprir a obrigação, quando a parte contrária, por sua vez, à sua não deu cumprimento”<sup>9</sup>. Esse instrumento de defesa pode ser utilizado de diversas maneiras, sendo a mais recorrente, e justamente por isso a mais estudada, aquela em que o contratante fiel, demandado pelo inadimplente, defende-se em juízo sob o fundamento de que o autor, de sua parte, não cumpriu a obrigação que lhe cabia fazer anterior ou simultaneamente; em termos processuais, opõe uma exceção<sup>10</sup>.

Mas o art. 476 do Código Civil também parece dar margem a outras aplicações práticas em benefício do contratante fiel. A bem dizer, o texto apenas firma uma negativa, sem precisar especificamente uma consequência: o inadimplente não pode exigir a obrigação de sua contraparte. Será então que só se extrai dali uma linha de defesa processual, uma *exceção*, em sentido técnico?

---

<sup>9</sup> Francisco Clementino de San Tiago Dantas, *Programa de direito civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 188.

<sup>10</sup> O conceito de exceção aplicado ao nosso instituto será analisado no item 1.4.1 *infra* deste capítulo.

É isso que pretendemos analisar neste capítulo, o que não será possível sem antes avaliarmos as linhas gerais da defesa processual consagrada sob a alcunha de *exceptio non adimpleti contractus*. Visto um pouco de sua história, discutiremos seu fundamento jurídico, bem como a própria utilidade de tal discussão. Feitas essas considerações iniciais, que explicam a estrutura do instituto, passaremos a explorar o potencial interpretativo do art. 476 do Código Civil, que lhe serve de base. Identificadas em tese as possibilidades interpretativas do artigo, serão então analisadas algumas aplicações concretas da regra pela jurisprudência brasileira, o que nos servirá de norte para traçarmos a natureza jurídica e o perfil funcional da exceção de inadimplemento, nos moldes amplos que, acreditamos, a lei brasileira lhe atribui.

### 1.1. Linhas gerais sobre a exceção de contrato não cumprido

A lógica da exceção de contrato não cumprido consiste na atribuição de uma faculdade ao contratante fiel de recusar o cumprimento de sua obrigação, enquanto a contraparte não cumprir ou não oferecer o cumprimento da obrigação correspectiva que lhe cabe. Essas obrigações, contrapostas, devem representar uma a razão de ser da outra – tal como na compra e venda, em que o vendedor só aceita obrigar-se a transferir propriedade porque o comprador se obriga a pagar o preço. Ajustado que cada contratante somente está obrigado a cumprir *se e enquanto* a contraparte também o fizer, não seria razoável permitir-se que a parte inadimplente pudesse pleitear o cumprimento alheio sem executar o que lhe cabe, ou sem colocar sua prestação ao dispor da contraparte.

Daí porque, perante o exercício em juízo da *pretensão* ao cumprimento, o réu pode defender-se mediante o oferecimento de uma *exceção*, no sentido de que o contrato não foi anterior ou simultaneamente cumprido pelo autor. É basicamente esse o conceito oferecido ao instituto por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, para quem a exceção de contrato não cumprido consiste numa “defesa oponível pelo contratante demandado, contra o co-contratante inadimplente (...) segundo a qual o demandado recusa a sua prestação, sob o fundamento de não ter aquele que reclama dado cumprimento à que lhe cabe”<sup>11</sup>, entendimento compartilhado, entre outros, por

---

<sup>11</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 159.

CARVALHO SANTOS<sup>12</sup>, SERPA LOPES<sup>13</sup>, SILVIO RODRIGUES<sup>14</sup> e SÍLVIO DE SALVO VENOSA<sup>15</sup>.

Seus pressupostos de aplicação decorrem da própria dinâmica explicada acima. As partes devem estar ligadas por obrigações interdependentes entre si, vinculadas por um *nexo de corresponsabilidade*, a que se atribui a denominação “sinalagma” ou “vínculo sinalagmático”. Ao menos uma dessas obrigações deve ter sido *descumprida* para que a contraparte, demandada, possa argüir a *exceptio*. E, evidentemente, aquele que a opõe (o *excipiente*) não deve estar obrigado a cumprir antes de quem lhe sofre os efeitos (o *excepto*) – isto é, ou o *excepto* deve cumprir antes e não o faz, ou ambos os contratantes devem cumprir simultaneamente.

A oposição da *exceptio* como defesa processual não tem em vista o desfazimento do contrato, tampouco negar o crédito ostentado pelo autor-inadimplente. Ao oferecê-la, o demandado reconhece sua dívida perante o autor, mas alega que não deve prestar *naquela momento*, pois somente estaria obrigado a fazê-lo se o autor o tivesse feito anteriormente, ou caso se dispusesse a fazê-lo simultaneamente, por meios considerados idôneos pelo juiz. Logo, a *exceptio* encobre temporariamente a eficácia da pretensão do autor, mas não a fulmina; o autor pode vir a ter sucesso em sua iniciativa se cumprir sua obrigação, ou se oferecer meios considerados idôneos para satisfazê-la<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> “Se contra o disposto na lei, o contraente que não cumpriu a sua obrigação ou não ofereceu a sua prestação exige o implemento da do outro, terá este o direito de opor a exceção *non adimpleti vel non rite adimpleti contractus*, que é precisamente o meio legal de fazer valer aquele seu direito de não cumprir a sua obrigação sem que, primeiro ou contemporaneamente, seja cumprido a do que quer exigi-la” (João Manuel de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 15, 12. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 238).

<sup>13</sup> “(...) A *ex. n. ad. contractus* paralisa a ação do autor ante a alegação do réu de não ter recebido a contraprestação que lhe é devida, estando o cumprimento de sua obrigação, a seu turno, dependente do adimplemento da prestação do demandante” (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 135).

<sup>14</sup> “Daí contar qualquer das partes, como meio de defesa, quando a outra vem reclamar o cumprimento do negócio sem que haja fornecido sua prestação, com a *exceptio non adimpleti contractus*. (...) Como toda exceção, trata-se de um meio de defesa processual. Enquanto a ação representa, processualmente falando, um meio de ataque, a exceção é sempre um instrumento de defesa, invocado pelo réu, para paralisar a investida do autor” (Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 75).

<sup>15</sup> “O contratante opõe essa exceção como forma de se defender contra o outro contratante inadimplente. É exceção de mérito. Com essa oposição, o contratante logra apor um obstáculo legal à exigência de seu cumprimento, pelo não-cumprimento da outra parte. Pressupõe-se, por outro lado, que o contratante em falta esteja a exigir indevidamente o cumprimento do contrato” (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, vol. 2, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 364).

<sup>16</sup> É interessante notar que a forma utilizada pelo Código Civil de 2002 para regular a exceção de inadimplemento pode suscitar dúvidas sobre seu papel. De fato, o art. 476 se encontra na Seção III (“Da

Por ligar-se ao descumprimento dos contratos, e também por legitimar uma recusa ao cumprimento por parte do réu, a exceção de inadimplemento costuma ser confundida com outros instrumentos jurídicos, em especial o *direito de retenção* e a *resolução do contrato por inadimplemento*<sup>17</sup>.

Conceitualmente, o *direito de retenção* representa uma “faculdade assegurada ao credor, independente de qualquer convenção, de continuar a deter a coisa a outrem devida até ser satisfeita, ou ficar extinta, uma obrigação existente para com ele”<sup>18</sup>. Ou seja, é uma garantia específica concedida ao credor, para casos expressamente indicados pela lei, que, pressupondo relação jurídica envolvendo um bem corpóreo e o titular de um crédito, autoriza este a reter a coisa enquanto o crédito não lhe for satisfeito. Já a *exceptio non adimpleti contractus* é um mecanismo defensivo por meio do qual o contratante pode recusar o adimplemento da sua obrigação até que o outro realize a que lhe incumbe, havendo nexos de correspectividade entre elas.

O uso de exemplos ajuda a distinguir as figuras. Gozam de direito de retenção, entre outros, o locatário, quanto ao imóvel locado, enquanto não remunerado por benfeitorias necessárias nele efetuadas; ou o mandatário, quanto à coisa de que tenha posse em virtude do mandato, enquanto não reembolsado pelas despesas de seu encargo. Já a exceção de contrato não cumprido pode socorrer o vendedor que se vê diante da inadimplência por parte do comprador, podendo negar-se a transferir a propriedade enquanto não lhe seja pago o preço, não sendo a venda a crédito (art. 491). Note-se que nos exemplos, embora os efeitos práticos de ambos os mecanismos possam

---

exceção de contrato não cumprido”) do Capítulo II (“Da extinção do contrato”) do Título V (“Dos contratos em geral”) do Livro I (“Do Direito das Obrigações”) da Parte Especial do Código Civil, o que pode conduzir ao evidente equívoco de se vislumbrar a *exceptio* como uma modalidade de extinção dos pactos. No entanto, sua alegação pelo demandado “pressupõe o reconhecimento da existência da obrigação do réu bem como o não cumprimento da prestação (embora justo)” (Humberto Theodoro Júnior, “Exceção de contrato não cumprido – Aspectos materiais e processuais”, in *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Síntese, nº 189, jul. 1993, p. 17), de modo a visar à manutenção do vínculo obrigacional, e não ao seu desfazimento.

<sup>17</sup> Alguns autores também costumam diferenciar a exceção de inadimplemento da *compensação*, mecanismo de extinção das obrigações que se dá quando duas dívidas recíprocas e vencidas sejam líquidas e fungíveis entre si, extinguindo-se mútua e simultaneamente (art. 368 e ss.). As diferenças entre os institutos são tantas (e as semelhanças, tão poucas) que não nos parece necessário dedicarmos maiores aprofundamentos acerca do tema. De todo modo, tal distinção é explorada por Miguel Maria de Serpa Lopes (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 199-205), José João Abrantes (*A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, Coimbra: Almedina, 1986, pp. 164-171) e María Cruz Moreno (*La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 108-112), a quem remetemos o leitor.

<sup>18</sup> Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Direito de retenção*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1944, pp. 100-101.



ser parecidos (a “não-entrega” de um bem), na *exceptio* o vendedor tem direito a *negarse ao cumprimento de uma obrigação*, e não propriamente a *reter a coisa*; PONTES DE MIRANDA assim resume a diferença: “[r]etém-se o que se tem de outrem, não o que se há de prestar”<sup>19</sup>.

As figuras também se distinguem quanto aos seus efeitos. Justamente por pressupor uma relação de proximidade entre pessoa e coisa, o direito de retenção é oponível mesmo perante sujeitos alheios à relação jurídica entre credor e devedor, ao passo que a *exceptio non adimpleti contractus* somente pode ser alegada entre sujeitos que participem de relações jurídicas funcionalmente vinculadas entre si.

Voltemos aos exemplos: imagine-se o arrendatário que, por razões quaisquer, transfira a posse de um veículo a um sub-arrendatário. Caso o arrendante exerça a pretensão de retomá-lo, por decurso do prazo, mas o sub-arrendatário não tenha sido reembolsado por benfeitorias necessárias, poderá este opor àquele o direito de retenção<sup>20</sup>; entretanto, não poderá opor-lhe a exceção de contrato não cumprido tendo como causa de pedir infrações relativas ao contrato de sub-arrendamento.

Cumpra ainda distinguir a exceção de contrato não cumprido da *resolução do contrato por inadimplemento*. Ambos os institutos têm origens e desenvolvimentos muito próximos, sendo conhecidos como os principais *remédios sinalagmáticos* – isto é, os principais mecanismos de tutela atribuídos aos contratantes envolvidos numa relação sinalagmática, em que determinadas prestações devam ser executadas de forma coordenada.

---

<sup>19</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26, Campinas: Bookseller, 2002, p. 126.

<sup>20</sup> Nessa linha, cf. o seguinte precedente do STJ: “O possuidor de boa-fé tem direito de indenização e de retenção a ser exercido contra o autor da ação possessória ou reivindicatória, para evitar o seu enriquecimento sem causa, e não contra o terceiro de quem recebeu o bem (art. 516 do CC). (...) Não importa de quem os [recorrentes] receberam o bem, e sim a quem o irão entregar, pois o fundamento do direito a indenização é o de evitar o enriquecimento ilícito do que receberá a coisa” (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 45.693/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., v. u., j. 28.11.1994; em sentido semelhante, cf. STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário nº 61.233/GB, Rel. Min. Evandro Lins, v. u., j. 21.11.1966; Tribunal de Alçada do Paraná, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 146/72, Rel. Juiz Saíd Zanlute, v. u., j. 10.05.1972, JB 17/107; Tribunal de Alçada do Paraná, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 21/74, Rel. Juiz Saíd Zanlute, v. u., j. 30.10.1974, JB 17/111). Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon arremata que “[o] direito de retenção *stricto sensu* é oponível contra quem pretenda, a título de possuidor ou proprietário, com fundamento em direito real ou pessoal, retomar a coisa do retentor sem satisfazer-lhe previamente as benfeitorias necessárias ou úteis” (*Embargos de retenção por benfeitorias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48).

De acordo com ARAKEN DE ASSIS, a resolução por incumprimento “consiste no desfazimento da relação contratual, por decorrência de evento superveniente, ou seja, do inadimplemento imputável, e busca a volta ao *status quo*”<sup>21</sup>. Enquanto a resolução se dirige à extinção da relação contratual, a *exceptio* se dirige à sua manutenção; a dissolução do vínculo contratual pela resolução exige a imputabilidade do incumprimento ao devedor, o que é prescindível na alegação da *exceptio*; por fim, a extinção por inadimplemento normalmente opera efeitos desconstitutivos retroativos, em consequência do procedimento de liquidação das obrigações contratuais, contrariamente à exceção de contrato não cumprido, que apenas suspende a exigibilidade da prestação devida pelo excipiente.

A *exceptio* obedece a uma lógica quase inafastável do atual sistema econômico e jurídico. De fato, parece óbvio – “intuitivo”, como diz ORLANDO GOMES<sup>22</sup> – que cada parte só esteja obrigada a cumprir enquanto a contraparte também o estiver. Mas as coisas nem sempre foram assim. A história que cerca o instituto demonstra que o que hoje nos parece intuitivo é, na verdade, fruto de uma paulatina evolução do raciocínio contratual.

## 1.2. A evolução histórica da *exceptio non adimpleti contractus*

As curiosidades e controvérsias sobre a *exceptio non adimpleti contractus* começam pela sua própria história. É que, apesar da conhecida alcunha latina<sup>23</sup>, o instituto não parece ter raízes fincadas no Direito Romano – ao menos segundo opinião da maior parcela dos autores que se dedicaram a estudar o desenvolvimento dos remédios sinalagmáticos. Pode-se dizer, em resumo, que o desenvolvimento de sua dinâmica se deve muito aos canonistas, enquanto sua elaboração dogmática decorre fundamentalmente de estudos dos pós-glosadores<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

<sup>22</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 109.

<sup>23</sup> A expressão “*exceptio non adimpleti contractus*” não consta de qualquer fonte romana. René Cassin (*De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris: Sirey, 1914, p. 77) esclarece que a primeira utilização de que se tem notícia acerca do termo data de uma coletânea de julgados publicada em 1560 pelo conselheiro Fr. Marcus.

<sup>24</sup> Para um panorama sobre a evolução histórica da *exceptio non adimpleti contractus*, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 136-149, em capítulo baseado no estudo de René Cassin, *De l'exception tirée de*

Não se nega que o Direito Romano já conhecia algumas modalidades de defesas alegáveis pelo réu acionado por credor inadimplente, como a *exceptio doli*<sup>25</sup>; na mesma linha, o vendedor prejudicado pelo comprador em débito podia lançar mão de alguns mecanismos de tutela<sup>26</sup>. No entanto, a obrigatoriedade do dever de prestar não decorria da recíproca manifestação de vontade dos contratantes, mas do cumprimento de determinadas solenidades<sup>27</sup>. Somente após longa trajetória processou-se gradual diminuição da predominância das formalidades na celebração dos negócios jurídicos, até se chegar ao momento em que estas perdem seu espaço para a proteção da vontade contratual. “Obra de séculos e não de um dia e por isso mesmo é que é história”, sintetiza com elegância SERPA LOPES<sup>28</sup>. Assim, a idéia de contrato na prática romana, aliada ao formalismo predominante nas suas principais fases, dificultou a formação da

---

*l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., pp. 1-137. Dê-se destaque também ao volumoso trabalho de Catherine Malecki (*L'exception d'inexécution*, Paris: LGDJ, 1999, pp. 23-29), com denso histórico sobre o tema. Ainda, para uma análise sobre as principais características dos três fenômenos aludidos – Direito Romano, Direito Canônico e a pós-glosa –, cf. António Manuel Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Portugal: Publicações Europa-América, 1998, pp. 66-110.

<sup>25</sup> Segundo António Menezes Cordeiro, a *exceptio doli* “permitia, no Direito romano, deter uma posição jurídica do adversário em duas circunstâncias diversas. Numa, o defendente alegava a prática, pelo autor, de dolo, no momento da formação da situação jurídica levada a juízo: era a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis*. Na outra, o defendente contrapunha o incurso do autor em dolo no próprio momento da discussão da causa: era a *exceptio doli praesenti* ou *generalis*. Esta última exceção esteve na origem de figuras consagradas, e hoje autónomas, como a compensação ou o direito de retenção” (*Tratado de direito civil português*, vol. 1, t. 1, Coimbra: Almedina, 1999, p. 199).

<sup>26</sup> Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho das Institutas, Livro 2, Título 1, § 41: “As coisas vendidas e entregues não pertencem ao comprador a não ser que ele tenha pago o preço ao vendedor, ou o compensou de outro modo, como, por exemplo, se lhe prestou fiança ou penhor. Este princípio é consagrado na lei das XII Tábuas, o que não impede de dizer-se que se funda no direito das gentes, isto é, no direito natural. Se o vendedor vendeu fiado ao comprador, a coisa pertence imediatamente a este último” (Justiniano I, Imperador do Oriente, *Institutas do Imperador Justiniano*: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C., tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 98-99).

<sup>27</sup> Os contratos celebrados no Direito Romano, especialmente em seus períodos iniciais, não dispunham de vinculações jurídicas capazes de justificar o manejo da exceção de inexecução, pois eram, em sua maioria, solenes e unilaterais. Consoante ensina Ebert Chamoun, “a princípio não bastava o encontro de consentimentos para engendrar o contrato, era necessária a pronúncia de palavras solenes, a redação de certos escritos ou a transferência da propriedade de uma coisa. Só posteriormente é que o elemento *conventio* predomina e à formação do contrato basta o simples acordo” (*Instituições de direito romano*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957, pp. 308-309). Dessa maneira, ainda que houvesse dois contratantes com prestações recíprocas, como na compra e venda, cada parte era obrigada isoladamente, sem atenção à obrigação do outro contratante. Pela mesma justificativa, a resolução contratual só era possível sob a forma de redibição (*redhibitio*, nos casos de vícios ocultos) ou por disposição expressa (*lex commissoria*, no caso de não pagamento do preço), o que demonstra a deficiência do vínculo contratual àquele momento (a propósito, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), cit., p. 143). De toda sorte, alguns romanistas sustentam a tese de que a *exceptio non adimpleti contractus* é um instituto jurídico com raízes eminentemente romanas, como é o caso de Paul Frédéric Girard (*Manuel élémentaire de droit romain*, 5. ed., Paris: A. Rousseau, 1911, p. 567, nota de rodapé 4).

<sup>28</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), cit., 1959, p. 143.

*exceptio non adimpleti contractus* tal como se desenvolveu posteriormente, como regra geral aos contratos bilaterais<sup>29</sup>.

A intervenção do Direito Canônico operou mudança radical nos fundamentos da teoria do contrato: a crença, a fé jurada, a palavra empenhada, noções de cunho eminentemente moral, necessitavam prevalecer sobre a forma pura. Para tanto, o foco deixou de estar na observância às solenidades, deslocando-se para a tutela da vontade recíproca dos contratantes, da confiança depositada, da boa-fé. Com a preocupação dos canonistas em evitar os pecados da mentira e do perjúrio, sobreveio a clássica regra, repetida incessantemente na literatura jurídica: *non servanti fidem non est fides servanda* (“a confiança não correspondida não é confiança que mereça sê-lo”)<sup>30</sup>.

Dessas concepções canônicas surgiram duas conseqüências substancialmente relevantes para a dinâmica das relações contratuais. Criou-se, em primeiro plano, a idéia de o contratante poder resistir à demanda de seu adversário, quando este não se tenha prontificado a executar concomitantemente sua obrigação. Paralelamente, veio a noção de que o contratante que não conseguisse obter da contraparte a prestação prometida poderia escolher entre prosseguir na execução, reclamar o equivalente ou pedir aos juízes eclesiásticos que lhe fosse concedida liberdade para se desligar do juramento prestado<sup>31</sup>. Nasceram, então, dois institutos fundamentais para a teoria contratual: a *exceção de contrato não cumprido* e a *resolução do contrato por inadimplemento*, os principais remédios sinalagmáticos, previstos ainda hoje um ao lado do outro em diversas codificações civis.

A repercussão de tais construções manifestou-se no Direito Civil com a criação de uma fórmula, à qual os pós-glosadores procuraram conferir um princípio. Foi assim que surgiu a regra atribuída a Bártolo de Sassoferrato, generalizando textos do *Corpus Iuris Civilis*, e que os civilistas passariam a adotar: “*ex contractu ultro citroque*

---

<sup>29</sup> Para um exame específico sobre o desenvolvimento da noção de correspectividade no Direito Romano, cf. o recente trabalho de Silvia Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de *Dottorato in Giurisprudenza* pela *Università degli Studi di Padova*, sob orientação do Professor Luigi Garofalo, *passim*, com ênfase para as pp. 3-19.

<sup>30</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 97. O brocardo também se apresenta sob a seguinte forma: *fragenti fidem non est fides servanda*. Em tradução livre, ambos transmitem a idéia de que “não se deve cumprir a palavra a quem quebra a sua palavra”.

<sup>31</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 146.

*obligatorio non potest effectualiter agi, nisi ab eo qui effectualiter totum contractum ex parte sua impleverit* (“uma ação que tenha fundamento em um contrato de prestações recíprocas não se pode exercitar eficazmente, senão por aquele que adimpliu com todas as obrigações que lhe eram cabíveis nos termos do contrato”)<sup>32</sup>.

Pode-se resumir, então, que os comentadores da Idade Média extraíram dos escritos romanos alguns dos materiais necessários à elaboração da dogmática da *exceptio non adimpleti contractus*, enquanto os canonistas foram os responsáveis pelo surgimento de sua dinâmica e relevância, a partir das idéias fundamentais de equidade entre os contratantes e de boa-fé, com seus corolários do respeito à palavra dada e da execução simultânea das obrigações<sup>33</sup>. Sob essa inspiração – a partir de soluções esparsas, mas de um fundamento comum –, lançaram-se as bases para que fossem individualizadas a *exceptio non adimpleti contractus* e a resolução contratual por inadimplemento<sup>34</sup>.

Concluídos, por volta do século XVI, os trabalhos dos pós-glosadores, a doutrina civilista europeia passou a admitir a idéia fundamental da exceção de inadimplemento – movimento que, todavia, não se espalhou pela França. É que, nesse mesmo período, a chamada Escola de Cujas pretendia restaurar a pureza primitiva dos textos jurídicos romanos, retirando-lhe as interpolações, os acréscimos da glosa e os comentários medievais<sup>35</sup>. A consequência foi inevitável: inexistindo nos textos romanos a *exceptio* como regra aplicável aos contratos em geral, deixou ela, a partir de então, de ser

---

<sup>32</sup> A frase pode ser encontrada na segunda parte dos comentários de Bártolo ao Digesto Velho, em análise ao Livro 19, mais especificamente nas suas glosas à Lei XIII. A versão consultada foi editada em Veneza, no ano de 1570.

<sup>33</sup> Como resume José Carlos Moreira Alves, “nas fontes (...) admite-se, com relação a contrato bilateral e com base na *bona fides*, que um dos contratantes se recuse a cumprir a sua prestação, enquanto o outro, culposamente, for inadimplente. Foram, porém, os intérpretes do direito romano que elaboraram a doutrina da *exceptio non adimpleti contractus*” (*Direito romano*, vol. 2, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 134). No mesmo sentido, cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 160.

<sup>34</sup> Nesse sentido, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 148.

<sup>35</sup> O propósito da chamada “Escola Culta”, que teve em Jacques Cujas um de seus maiores expoentes, é sintetizado por António Manuel Hespanha: buscava “[u]ma depuração histórico filológica dos textos jurídicos romanos, que os libertasse, por um lado, da garga das glosas e comentários medievais, e, por outro, das próprias correções introduzidas nos textos clássicos dos compiladores justinianeus” (*Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, cit., p. 137).

estudada pelos autores franceses como um instituto próprio<sup>36</sup>; iniciada a era da codificação, deixou também de ser prevista expressamente pelo Código Napoleão.

O emblemático Código Civil francês de 1804 não consagrou qualquer dispositivo de caráter geral ao problema da exceção de incumprimento, embora tenha reproduzido em artigos específicos a lógica que preside o instituto, como nos arts. 1.612<sup>37</sup>, 1.613<sup>38</sup>, 1.651<sup>39</sup> e 1.653<sup>40</sup>, relativos à compra e venda. Fora desses casos, ao contratante fiel, prejudicado com o inadimplemento de sua contraparte, caberiam os remédios da execução do contrato ou de sua resolução<sup>41</sup>; excepcionalmente, segundo o entendimento de alguns autores e juízes, o efeito prático da *exceptio* poderia ser alcançado mediante o recurso ao direito de retenção. Essa foi a opinião prevalecente até a divulgação da doutrina germânica sobre o tema, mediante estudos de RAYMOND SALEILLES<sup>42</sup>, aos quais a doutrina francesa aderiu sem maiores restrições, aceitando a *exceptio* como um instituto de natureza geral<sup>43</sup>.

Na Itália, o Código Civil de 1865 também não previu expressamente a exceção de descumprimento, o que, dada a menor influência da Escola Culta, não impediu

---

<sup>36</sup> De acordo com Silvio Rodrigues, “enquanto nos países vizinhos a teoria vai ser objeto de regras incontestadas (...), na França, com a depuração dos textos feita pela Escola de Cujas (para suprimir o que lhes acrescentara a Glosa), a idéia desaparece, sendo que nem mais a expressão é usada. Domat e Pothier referem-se à necessidade da execução simultânea das prestações, mas não se encontra exposição sistemática do tema nos juristas dos séculos XVII e XVIII” (*Direito civil*, vol. 3, cit., p. 76, nota de rodapé 80).

<sup>37</sup> “Art. 1.612 – O vendedor não é obrigado a entregar a coisa se o comprador não pagar o preço, e o vendedor não lhe concedeu um prazo para o pagamento” (utilizou-se a tradução do *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses* de Souza Diniz, Rio de Janeiro: Record, 1962, p. 230).

<sup>38</sup> “Art. 1.613 – Não ficará, do mesmo modo, obrigado à entrega, mesmo que tenha ele concedido um prazo para o pagamento, se, depois da venda, for aberta a falência do comprador, ou se cair ele em estado de desconfiância, de modo que o vendedor se ache em perigo iminente de perder o preço; a não ser que o comprador lhe dê garantia de pagar no prazo” (utilizou-se a tradução do *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses* de Souza Diniz, cit., p. 230).

<sup>39</sup> “Art. 1.651 – Se nada tiver sido convencionado sobre este assunto por ocasião da venda, deverá o comprador pagar no lugar e no tempo em que deve ser feita a entrega” (utilizou-se a tradução do *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses* de Souza Diniz, cit., p. 233).

<sup>40</sup> “Art. 1.653 – Se o comprador for turbado, ou se tiver justa causa para temer venha a ser turbado por uma ação, seja hipotecária, seja de reivindicação, poderá ele suspender o pagamento do preço até que o vendedor tenha feito cessar a turbação, se este não preferir dar garantia, ou a menos que não esteja estabelecido que, não obstante a turbação, o comprador pagaria” (utilizou-se a tradução do *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses* de Souza Diniz, cit., p. 233).

<sup>41</sup> Os principais defensores dessa tese foram François Laurent e Joseph de Decker, segundo o relato de Henri Capitant (*De la causa de las obligaciones*, Pamplona: Analecta, 2005, p. 262).

<sup>42</sup> Os escritos de Saleilles contribuíram significativamente para o ressurgimento da *exceptio non adimpleti contractus* entre os civilistas franceses. Assim, cf. Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier Projet de Code Civil pour L'Empire Allemand*, 3. ed., Paris: LGDJ, 1925, p. 187.

<sup>43</sup> Por todos, cf. Gabriel Baudry-Lacantinerie e Louis Barde, *Delle obbligazioni*, vol. 2, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, Milano: Francesco Vallardi, 1945, p. 147.

doutrina e jurisprudência de reconhecerem aplicabilidade à lógica que a fundamenta<sup>44</sup>. Em Portugal a doutrina igualmente reconhecia o cabimento da *exceptio non adimpleti contractus* mesmo sem o Código Civil de 1867 trazer regras gerais sobre o assunto, mediante aplicações extensivas e analógicas das previsões específicas existentes para determinados contratos, com destaque para a compra e venda, e por uma interpretação *a fortiori* da regra acerca da resolução contratual por inexecução<sup>45</sup>.

O BGB, por sua vez, na esteira da tradição pandectística sobre a matéria, representa o modelo mais significativo do grupo de legislações que contêm regras gerais expressas dedicadas à exceção de inadimplemento, com seus emblemáticos §§ 320 e 322. O instituto também é tratado, por exemplo, pelo art. 82 do Código das Obrigações suíço<sup>46</sup>; pelo art. 1.460 do Código Civil italiano de 1942<sup>47</sup> e pelo art. 428 do Código Civil português de 1966<sup>48</sup>. Mas foram aqueles parágrafos do BGB que moldaram a concepção dos principais artigos codificados sobre a *exceptio* em ordenamentos da família romano-germânica, e, dada sua amplitude, permanecem influentes até os dias atuais:

#### § 320. Exceção de contrato não cumprido

(1) Quem estiver obrigado por um contrato bilateral pode negar-se ao cumprimento da prestação que lhe incumbe até a execução da contraprestação, a não ser que esteja obrigado a prestar antecipadamente. Se a prestação for em favor de vários credores, pode-se negar a parcela devida a cada um até que haja a execução completa da contraprestação. A disposição do § 273, 3, não é aplicável ao caso.

<sup>44</sup> Cf., a propósito, Ettore Favara, *L'exceptio non adimpleti contractus*, Napoli: Lorenzo Barcan, 1939, p. 54.

<sup>45</sup> Nesse sentido, cf. Adriano Vaz Serra, “Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 67, jun. 1957, pp. 19-21.

<sup>46</sup> “Art. 82. (VI. Nos contratos bilaterais; 1. Modo de execução). Quem, em um contrato bilateral, quiser constranger a outra parte à execução, precisará ou á ter executado [a obrigação] ou oferecer-se à execução, a não ser que ele, de acordo com o conteúdo ou a natureza do contrato, somente mais tarde tenha de executar [a sua obrigação]” (utilizou-se a tradução do *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações* de Souza Diniz, Rio de Janeiro: Record, 1961, pp. 169-170).

<sup>47</sup> Em tradução livre do autor, “nos contratos com prestações correspectivas, cada um dos contratantes pode recusar-se a adimplir a sua obrigação se o outro não adimplir ou não se oferecer a adimplir contemporaneamente a própria, salvo se prazos diversos para o inadimplemento tiverem sido estabelecidos pelas partes ou resultarem da natureza do contrato. Não pode todavia ser recusada a execução se, atendendo-se às circunstâncias, a recusa for contrária à boa-fé”.

<sup>48</sup> “Art. 428. 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”.

(2) Se uma parte tiver cumprido parcialmente a prestação, não pode por isso negar-se à contraprestação, se esta negativa, de acordo com as circunstâncias, especialmente pela relativamente pequena relevância da parcela restante, for contrária à boa-fé.

§ 322. Condenação à prestação simultânea

(1) Se uma parte ajuizar ação para o cumprimento de prestação devida por um contrato bilateral, o exercício do direito que lhe corresponde de negar a prestação até a execução da contraprestação só terá o efeito a que a outra parte deva ser condenada ao cumprimento simultâneo.

(2) Se a parte demandante deve prestar antecipadamente e a outra parte estiver em mora quanto à aceitação, aquela pode reclamar a prestação depois do recebimento da contraprestação.

(3) À execução forçosa se aplica o disposto no § 274, 2<sup>49</sup>.

A tradição jurídica brasileira conhece disposições esparsas reproduzindo a lógica da exceção de contrato não cumprido desde antes do Império. A exemplo do Direito Romano, as Ordenações Filipinas, aplicáveis ao Direito brasileiro até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, previam instrumentos específicos de defesa dos interesses do comprador ou vendedor frustrados pelo inadimplemento da contraparte<sup>50</sup>, mas não continham regras gerais sobre o assunto, o que veio a ser contemplado pelo *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, em seu art. 1.955: “se [os contratos] forem bilaterais (art. 441), uma das partes não poderá demandar seu cumprimento sem provar que de seu lado os tem cumprido, ou que sua obrigação é a prazo; ou sem se oferecer a cumpri-los”.

Nos trabalhos preparatórios ao nosso primeiro Código Civil, CLÓVIS BEVILÁQUA apresentou a seguinte redação para o que seria o art. 1.231: “Nos contratos sinalagmáticos, nenhum dos contraentes pode reclamar judicialmente o cumprimento da prestação devida pelo outro sem que primeiro tenha cumprido a que lhe incumbia, salvo se esse direito lhe está assegurado por lei ou convenção”. Redação modificativa foi apresentada na Câmara dos Deputados, por sugestão de Amaro Cavalcanti, para o que

---

<sup>49</sup> Tradução livre do autor, a partir da tradução do BGB para o espanhol recentemente editada sob o título *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, dirigida por Albert Lamarca Marquès, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 103.

<sup>50</sup> Veja-se, a propósito, Manuel António Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil*, t. 2, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 457-458.



então seria a primeira parte do art. 1.094: “Nos contratos bilaterais nenhuma das partes pode exigir da outra o cumprimento da obrigação sem que tenha cumprido a sua”<sup>51</sup>.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, o art. 1.092 preceituava em sua primeira parte<sup>52</sup> aquilo que, segundo a imensa maioria de nossos civilistas<sup>53</sup>, consistia na previsão legal da exceção de inadimplemento no Direito brasileiro: “[n]os contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. A regra foi mantida nos projetos posteriores de alteração de nossa lei civil, sendo reproduzida quase integralmente pelo art. 476 do Código Civil de 2002, com a mera substituição do vocábulo *contraente* por *contratante*.

Supostamente animado de um “sopro de eqüidade”<sup>54</sup>, o instituto justifica manifestações específicas em diversos dispositivos legais. A Lei nº 8.666, de 1993, por exemplo, reproduzem a dinâmica da *exceptio* nos incisos XIV e XV de seu art. 78<sup>55</sup>, ao

---

<sup>51</sup> Ambas as redações podem ser consultadas no *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado* de João Luiz Alves, vol. 4, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 186, onde também se vê, na proposta da Câmara dos Deputados, o acréscimo do texto que posteriormente viria a ser a segunda parte e o parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil de 1916.

<sup>52</sup> A segunda parte do artigo dispunha sobre a *exceção de insegurança*, ao passo que o parágrafo único consagrava a resolução legal, também conhecida como *cláusula resolutive tácita*: “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 parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”.

<sup>53</sup> Por todos: “Este artigo refere-se à primeira parte do art. 1.092 do CC1916, que reproduz textualmente. Refere-se à *exceptio non adimpleti contractus*, exceção de contrato não cumprido” (Gustavo Tepedino *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124). A correlação entre a *exceptio non adimpleti contractus* e o antigo art. 1.092 é lugar-comum entre nossos civilistas, pelo que dispensamos a indicação de bibliografia extensa a respeito. No entanto, Serpa Lopes é da opinião de que o art. 1.092 não a previa entre nós: “O Cód. Civil, no nosso entender, seguiu o critério do Código Civil francês. Não consagra um dispositivo especial inerente à *exc. n. ad. contractus*. Há poucos dispositivos de onde se podem extrair os elementos necessários para a sua aplicação jurisprudencial”, sendo um deles, diz o autor, o citado art. 1.092 (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 155). A opinião de Serpa Lopes é compreensível; para ele, a exceção de inadimplemento seria exclusivamente a defesa substancial dilatória alegada pelo demandado em juízo, o que, de fato, não está consagrado explicitamente pelo antigo art. 1.092. Basta compará-lo com o § 322 do BGB, transcrito acima, para perceber a distinção entre os dois textos. E o próprio Serpa Lopes é quem recorre a essa comparação: “onde a *exceptio non adimpleti contractus* vem perfeitamente positivada é no § 322 [do BGB]” (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 153). Nossa opinião sobre o assunto será manifestada no item 1.5 *infra*.

<sup>54</sup> A expressão é de Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 97.

<sup>55</sup> “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, *assegurado ao*

prever o direito à suspensão do contrato administrativo por inexecução. Também o art. 763 do Código Civil representa uma manifestação da lógica que subjaz ao instituto<sup>56</sup>. De toda sorte, e a despeito de sua imensa relevância para a atividade negocial, a exceção de contrato não cumprido não representa um princípio geral dos contratos ou, menos ainda, uma norma de ordem pública<sup>57</sup>.

### 1.3. O fundamento da *exceptio non adimpleti contractus*

A ausência de previsão expressa da *exceptio* em algumas codificações, especialmente no *Code* de 1804, estimulou a doutrina civilista do século XIX e das primeiras décadas do século XX a buscar um *fundamento* para o instituto, algo que justificasse sua existência e aplicação – e que, mais do que isso, servisse como norte para a solução dos problemas interpretativos relacionados à matéria. A bibliografia especializada costuma desde então dedicar páginas substanciais ao assunto, e mesmo em ordenamentos que possuem regras destinadas à *exceptio*, como o brasileiro, o argentino e o português, consagrou-se o confronto entre diversas teorias com a pretensão de fundamentá-la.

Tais construções geralmente não têm o propósito único de dar lastro teórico à *exceptio*, buscando, ainda, justificar a resolução por inadimplemento, outro fenômeno típico aos chamados contratos bilaterais, e por vezes também a chamada *teoria dos riscos*<sup>58</sup>. Desenvolvidas especialmente na França e na Itália, quando seus respectivos códigos dispensavam tratamento específico à resolução e silenciavam quanto à *exceptio*, impregnaram-se de argumentos pretensamente válidos para todos os institutos mencionados, embora na prática o discurso se tenha centrado nos fundamentos da

---

*contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; 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”* (grifos nossos).

<sup>56</sup> “Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

<sup>57</sup> Lê-se em precedente do STJ que “[a] Eg. Corte Especial deste Tribunal já se manifestou no sentido de que a questão referente à discussão acerca da regra da exceção do contrato não cumprido não tem natureza de ordem pública, não se vinculando ao conceito de soberania nacional” (STJ, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada nº 507/EX, Rel. Min. Gilson Dipp, v. u., j. 18.10.2006).

<sup>58</sup> Segundo Orlando Gomes, a teoria dos riscos se propõe a equacionar o problema de saber-se a quem devem ser imputados “os prejuízos ocasionados por inadimplemento fortuito” (*Obrigações*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 221-222).

resolução, dada a existência de regras legais e o maior material bibliográfico e jurisprudencial disponível a respeito.

Essa circunstância causa certa perplexidade ao intérprete contemporâneo, tendo em vista a diferenciação cada vez mais precisa entre os fenômenos, não só quanto aos seus requisitos, mas, sobretudo, quanto aos seus efeitos. Afinal, a *exceptio*, em sua manifestação clássica, é um instrumento a serviço do contratante que ainda quer a manutenção do contrato e o adimplemento; já a resolução funciona como remédio extremo, que leva à extinção contratual, quando o cumprimento da prestação já se encontra impossível ou inútil. No entanto, talvez pelo pouco desenvolvimento teórico da matéria à época, essas diferenças passaram despercebidas pelas grandes mentes que se dedicaram a estudar a exceção de inadimplemento<sup>59</sup>.

Dados os limites deste trabalho, seria inconveniente, e até mesmo desnecessário, passarmos detalhadamente em revista cada uma das teorias que se propuseram a fundamentar a *exceptio*. Daí porque, mais pelo interesse histórico que representam, tratar-se-á basicamente das linhas mestras daquelas teses que obtiveram maior repercussão entre os monografistas da matéria no Brasil: a *teoria da causa*, a *teoria da conexão entre os enriquecimentos*, a *teoria da equidade* e a *teoria do equilíbrio das prestações*<sup>60</sup>.

Atribui-se à *teoria da causa* a pretensão de fundamentar a *exceptio*, bem como a resolução por inadimplemento, na idéia de que a obrigação assumida por uma das partes

---

<sup>59</sup> Como foi o caso de Serpa Lopes, segundo quem, como a relação sinalagmática representa um dos pressupostos da *exceptio*, seriam “idênticos os seus fundamentos com os do sinalagma, os quais coincidem, de modo a que ambos os problemas apresentam a mesma face, como igualmente sucede, em relação à condição resolutória tácita ou expressa e com a teoria dos riscos e perigos” (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 163).

<sup>60</sup> Para um estudo aprofundado sobre essas e outras teorias acerca dos fundamentos da exceção de contrato não cumprido, cf., em língua portuguesa, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 162-192; e José João Abrantes, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, cit., pp. 179-212. Recomenda-se ainda a consulta a fontes francesas e italianas, dados os motivos descritos no texto, pelo que indicamos René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., pp. 421-428; Jean-François Pillebout, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Paris: LGDJ, 1971, pp. 181-200; toda a primeira parte da tese de Catherine Malecki, *L'exception d'inexécution*, cit., com destaque para as pp. 21-56; e Ettore Favara, *L'exceptio non adimpleti contractus*, cit., pp. 54-65. O Direito espanhol também enfrenta lacuna legislativa sobre a *exceptio*, de modo a ser recomendável a consulta a María Cruz Moreno, *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., pp. 20-34.

de um contrato bilateral teria como *causa* a obrigação contraída pela outra. Essa era a concepção inicial levantada por autores franceses, assim sintetizada por DEMOLOMBE: “se um dos contraentes não cumpre a sua obrigação, a obrigação do outro deixa, por isso mesmo, de ter uma causa”<sup>61</sup>. HENRI CAPITANT refinou a teoria ao sugerir que essa causa não consistiria na *obrigação* assumida pela contraparte, mas na *sua execução*<sup>62</sup>, formulação que passou a representar a principal fonte de referência sobre a perspectiva causalista.

Para CAPITANT, a causa do contrato seria o fim contemplado pelas partes ao celebrá-lo; assim entendida, acompanharia toda a vida da relação contratual enquanto tal fim não fosse plenamente alcançado – ou seja, enquanto as prestações reciprocamente prometidas não forem executadas inteira e regularmente<sup>63</sup>. Logo, se a inexecução de uma das prestações impede o credor de alcançar o fim a que se propõe, deve ele ter tanto o direito de defender-se contra uma exigência indevida de sua prestação como a possibilidade de resolver o contrato<sup>64</sup>. Pretende-se assim filiar a origem da *exceptio* não “somente ao fato de alguém obrigar-se, ou seja, ao consentimento”, como igualmente à “intenção de alcançar um fim jurídico determinado, isto é, de obter a execução da prestação prometida em troca da obrigação que se contraiu”<sup>65</sup>.

Em resposta à perspectiva causalista<sup>66</sup>, GINO GORLA teria sido o responsável pela sugestão da *teoria da conexão entre os enriquecimentos patrimoniais* para justificar a *exceptio*, a resolução e a teoria dos riscos, conforme relata SERPA LOPES<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Jean Charles Florent Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 3, in *Cours de Code Napoléon*, vol. 25, Paris: Durand & Pedone Lauriel, 1878, p. 469.

<sup>62</sup> Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 317.

<sup>63</sup> Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 255.

<sup>64</sup> Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 256.

<sup>65</sup> Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 264.

<sup>66</sup> A teoria da causa recebeu diversas críticas. Noves fora a complexidade do conceito, que até hoje permanece impreciso, contestou-se que a causa representaria um elemento de validade do negócio jurídico no sistema francês, de modo a ter sua relevância aferida no momento de celebração do ato; seu eventual desaparecimento posterior deveria levar, pois, à invalidade do negócio, e não a uma ineficácia temporária. Mais do que isso, aduziu-se que se o inadimplemento de uma obrigação tornasse o negócio desprovido de causa, somente a extinção do contrato faria sentido, não havendo espaço, portanto, seja para a oposição da *exceptio* ou sua exigência em juízo (por todos, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 164-166).

<sup>67</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 171 e ss.; e María Cruz Moreno, *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., pp. 22-23. Em sentido semelhante, cf. Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pela PUC/SP, sob a

Segundo o autor italiano, a razão pela qual uma parte poderia deixar de cumprir sua obrigação, diante do inadimplemento da contraparte, residiria no fato de que, faltando a prestação, desapareceria com ela a *fonte justificadora do enriquecimento* do seu beneficiário. Por outras palavras, não se atém à finalidade buscada pelos contratantes, como propõe HENRI CAPITANT, mas à fonte que legitima juridicamente uma atribuição patrimonial.

Esta fonte, por sua vez, seria bipartida entre *justificação mecânica e justificação estática*. A justificação mecânica seria representada pelo instrumento jurídico utilizado para lastrear a transferência patrimonial, isto é, a *fonte* que legitima a transmissão (no caso das obrigações, a fonte por excelência seriam os contratos). Já a justificação estática seria representada pela existência de um “contra-enriquecimento” capaz de legitimar em definitivo dita transferência. Feita essa bipartição, e focando-se nos contratos bilaterais, os defeitos relativos à causa mecânica seriam resolvidos mediante os requisitos de validade; a seu turno, as vicissitudes aplicadas à causa estática seriam equacionadas mediante outros mecanismos, tais como a *exceptio*, a resolução ou a teoria dos riscos. Assim, faltando a contraprestação, a transferência patrimonial entabulada não poderia consolidar-se definitivamente, por falta de um suporte que lhe desse legitimidade perene, e por isso estaria justificado o recurso àqueles institutos.

Teoria que obteve grande aceitação acerca do fundamento jurídico da *exceptio* foi a chamada *teoria da equidade*, desenvolvida na monumental tese de Doutorado de RENÉ CASSIN, defendida em 1º de abril de 1914 na Universidade de Paris, perante banca composta por HENRI CAPITANT, entre outros juristas<sup>68</sup>. Diz o autor que o “sentimento de justiça seria profundamente atingido se uma pessoa pudesse reivindicar as vantagens de um contrato repudiando os ônus que ele a impõe”, pelo que se deve “reconhecer ao contratante a busca pelo direito de suspender as manobras de seu adversário, recusando-

---

orientação do Professor Doutor Renan Lotufo, 2006, p. 56. O texto em que se encontra a teoria de Gino Gorla é *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova: CEDAM, 1934.

<sup>68</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit. Muito além de sua magnífica obra sobre a exceção de inadimplemento, que permanece influente até os dias atuais, René Cassin viria a se consagrar posteriormente como um dos responsáveis por minutar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que lhe rendeu o Prêmio Nobel da Paz em 1968, além de ter sido presidente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, entre outros cargos e honrarias. Seu túmulo se encontra no Panteão de Paris, simbolizando a relevância de sua atividade na defesa dos direitos humanos.

se a executar sua prestação enquanto a contraprestação correspondente não lhe seja fornecida ou oferecida”<sup>69</sup>.

RENÉ CASSIN reconhece a insuficiência da noção pura de equidade para fundamentar a *exceptio*, tão vaga e ampla a ponto de basear soluções opostas para um mesmo problema jurídico<sup>70</sup>, mas, em seu dizer, a idéia se concretiza na proteção da igualdade entre os contratantes, à luz do acordado: “se uma [parte] tenta quebrar para seu proveito a igualdade das situações reclamando as vantagens do negócio e ao mesmo tempo recusando-lhes os ônus”, não é somente uma medida de equidade que permite ao prejudicado “suspender a execução de seus compromissos, mas é em virtude de um direito inerente ao seu próprio contrato”<sup>71</sup>; o autor também recorre ao conceito de equilíbrio para tornar “mais preciso”<sup>72</sup> o conteúdo da equidade, de modo a concluir que “a igualdade das partes durante a execução é quase indispensável para salvaguardar a realização final do contrato”<sup>73</sup>.

Outra tese que repercutiu entre os estudiosos brasileiros da *exceptio*, embora focada em explicar a resolução contratual, foi a chamada *teoria do equilíbrio das prestações*, elaborada por MAURICE PICARD e ANDRÉ PRUDHOMME<sup>74</sup>. A partir da análise de julgados franceses, os autores suscitaram haver entre as obrigações essenciais de um contrato bilateral uma espécie de equilíbrio moldado pela vontade, uma funcionando como equivalente da outra; uma vez rompido esse equilíbrio, integral ou parcialmente (ou seja, uma vez inadimplida uma obrigação essencial, ou mesmo uma obrigação acessória ou um dever de boa-fé capaz de afetar aquele equilíbrio), estaria justificada a

---

<sup>69</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., p. 422.

<sup>70</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., p. 423.

<sup>71</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., p. 424.

<sup>72</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., pp. 424-425.

<sup>73</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., p. 427.

<sup>74</sup> Maurice Picard e André Prudhomme, “De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Sirey, t. 11, 1912, pp. 61-109.

intervenção do ordenamento jurídico, mediante a aplicação de mecanismos capazes de restabelecê-lo, seja pela resolução do contrato ou pela invocação da *exceptio*<sup>75</sup>.

Foram essas as teorias que moldaram o pensamento jurídico de SERPA LOPES, principal autor nacional a enfrentar o tema monograficamente, e cuja obra permanece até hoje sendo seu grande marco teórico no Brasil. Cotejando os acertos e deslizes de cada uma dessas teses, o Professor Catedrático de Direito Civil da então Faculdade de Direito de Niterói sustenta que a explicação mais razoável para justificar o mecanismo da *exceptio* seria uma junção entre a noção de equivalência das prestações e a idéia de vedação ao enriquecimento indevido da parte inadimplente<sup>76</sup>. Numa proposta sincrética, o autor esclarece que por equivalência se deve entender a “identidade ou (...) igualdade que cada parte faz no momento da conclusão do contrato”, podendo-se “considerar como equivalentes objetos cujo valor econômico é desigual”<sup>77</sup>, o que deve ser complementado pela percepção de que “[q]uando alguém se obriga visa substancialmente à obtenção de uma vantagem (...): um enriquecimento por outro enriquecimento”<sup>78</sup>, de forma a se evitar um “desequilíbrio patrimonial”<sup>79</sup>.

Após um silêncio quase cinquentenário, a *exceptio* finalmente voltou a ser objeto de novas reflexões monográficas entre nós na segunda metade desta década – e, novamente, a busca por fundamentos veio à tona. Em recente trabalho, RAFAEL VILLAR GAGLIARDI acompanha a essência do pensamento de SERPA LOPES, aludindo 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 (...) no intuito de qualificar e precisar o equilíbrio a ser observado em toda e qualquer relação contratual sinalagmática”<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> As conclusões de Maurice Picard e André Prudhomme são analisadas por Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 177-181, e por Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 58.

<sup>76</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 190-191.

<sup>77</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 188.

<sup>78</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 190.

<sup>79</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 191.

<sup>80</sup> Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 67.

Já WILLIE CUNHA MENDES TAVARES, em também recente dissertação, parece seguir a tese de RENÉ CASSIN ao concluir que “a teoria que melhor explica o fundamento do instituto da *exceptio non adimpleti contractus* é a teoria da equidade, uma vez que impor a realização de uma obrigação sinalagmática sem o oferecimento da respectiva contraprestação desequilibraria a relação contratual e atentaria contra a justiça comutativa”<sup>81</sup>.

PAULO R. ROQUE A. KHOURI, em artigo dedicado à análise da *exceptio* como mecanismo de garantia das obrigações, opta por justificá-la na idéia de “cumprimento integral do contrato”<sup>82</sup>, seguindo opinião sustentada em Portugal por JOSÉ JOÃO ABRANTES<sup>83</sup>. E, em obra direcionada ao exame da vedação ao *venire contra factum proprium*, a proteção da confiança foi sugerida por ANDERSON SCHREIBER como um possível elemento fundante da *exceptio*, ao suscitar que “no caso do artigo 476, relativo à exceção do contrato não cumprido, o que se tutela é a confiança legitimamente depositada pela contraparte não-satisfeita de que não terá exigido o cumprimento da sua respectiva prestação”<sup>84</sup>.

Numa visão panorâmica, pode-se dizer que todas as teorias propostas deixaram contribuições interessantes para a compreensão da *exceptio*. A teoria da causa, por exemplo, é valiosa ao ressaltar a circunstância fundamental de que cada prestação é tida como razão de ser da respectiva contraprestação, conforme a vontade das partes, rumo ao atendimento das finalidades pactuadas<sup>85</sup>; da mesma forma, a tese da equivalência das prestações segue caminho muito próximo, também privilegiando o programa estabelecido mediante consenso. O mesmo pode ser dito quanto à teoria da equidade:

---

<sup>81</sup> Willie Cunha Mendes Tavares, *A aplicação da exceção do contrato não cumprido aos contratos conexos*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela UERJ, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, 2007, p. 95.

<sup>82</sup> Paulo R. Roque A. Khouri, “A exceção do contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no direito brasileiro”, in *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, nº 94, jun. 2004, p. 301.

<sup>83</sup> Segundo o autor português, “a exceção visa a proteger um todo indivisível, a relação contratual na sua totalidade – com o fim de alcançar a execução completa do contrato. (...) O fundamento que assinalámos ao instituto vai assim traduzir-se pela protecção da relação contratual” (José João Abrantes, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, cit., p. 209).

<sup>84</sup> Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 91.

<sup>85</sup> Segundo Serpa Lopes, René Cassin teria reconhecido esse mérito à teoria da causa, na formulação de Henri Capitant, em artigo publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil* sob o título “*Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*”, t. 18, pp. 159-180, em 1945 (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 168).



além de consentânea com o desenvolvimento histórico do instituto, em especial com suas raízes canônicas, é, de fato, contrário ao sentimento de justiça admitir que uma parte possa exigir o cumprimento de obrigação sem cumprir aquilo que lhe cabe.

Todavia, essas teorias pouco oferecem para solucionar os *problemas* decorrentes da exceção de inadimplemento (pressupostos, efeitos, limites, atuação processual etc.), até porque nos parece improvável que um instituto jurídico, uma regra jurídica – qualquer regra jurídica – tenha fundamento único, exclusivo. Mesmo uma singela cláusula contratual, estabelecida entre dois contratantes em fase de negociações, pode (e costuma) atender a mais de um propósito e ter mais de uma razão de ser. E sequer as teorias sincréticas seriam capazes de apontar definitivamente o(s) fundamento(s) da *exceptio*, estando limitadas, no máximo, a “formar uma série de indícios, mas não uma demonstração precisa e categórica”<sup>86</sup> a respeito.

Assim, deixado de lado o evidente interesse histórico da discussão, parece-nos de relevo questionar até que ponto se verifica no Brasil o interesse *prático* pela identificação de um fundamento para a *exceptio*, tendo em vista a existência de regras capazes de lhe atribuir suas principais características, elementos, efeitos e limites. Em acréscimo, deve-se questionar se o procedimento mais adequado para solucionar as dúvidas relativas à aplicação do instituto, no atual estágio da metodologia jurídica, deve realmente ser a busca de seu fundamento.

Como se adiantou, a discussão sobre os fundamentos da *exceptio* foi desenvolvida por juristas franceses e italianos entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX. Havia uma razão histórica para isso: a *exceptio*, que quando aplicada o era pela importação de mecanismos canônicos, ou mesmo pelos usos e costumes regionais, não foi contemplada expressamente pelo Código Napoleão ou pelo Código Civil italiano de 1865.

Excluída dos estudos franceses com a depuração promovida pela Escola de Cujas, a aplicabilidade da *exceptio* somente se deu na França quando RAYMOND SALLEILES apresentou seus apontamentos sobre o BGB, que trouxe regras especialmente dedicadas ao mecanismo (os §§ 320 e 322, já reproduzidos). A partir de

---

<sup>86</sup> Ettore Favara, *L'exceptio non adimpleti contractus*, cit., p. 64.

então, seu cabimento passou a ser aceito sem maiores questionamentos, mesmo na ausência de regra expressa, cenário que se mantém até hoje. No entanto, diante da lacuna legislativa sobre o tema, havia – e ainda há – a necessidade de se fundamentar tal aplicação no Direito francês<sup>87</sup>. Daí surgiram as diversas teorias elaboradas a respeito, que permanecem com vivo interesse entre os estudiosos, pois nenhuma das muitas reformas e emendas promovidas no *Code* veio a regulamentar a matéria<sup>88</sup>.

Essa mesma necessidade era observada na Itália, à época da vigência do Código Civil de 1865. Antes mesmo da edição do *Codice*, ETTORE FAVARA já registrava que “a jurisprudência unânime e a quase concorde doutrina” não hesitavam em recepcionar a *exceptio*<sup>89</sup>, faltando apenas à doutrina consentir sobre o fundamento mais convincente para “colmatar a lacuna legislativa”<sup>90</sup>. Mas a edição do novo Código Civil italiano em 1942 parece ter sepultado o interesse pelo debate, tendo em vista a previsão expressa do instituto. Nesse sentido, GIOVANNI PERSICO, autor de obra referencial sobre o tema, é categórico: “o art. 1.460 hoje dissipou todas as discussões a propósito [do fundamento da *exceptio*] reconhecendo a exceção de inadimplemento como remédio geral para todos os contratos com prestações correspectivas, que encontra sua razão de ser na natureza de tais contratos”<sup>91</sup>.

Vê-se, então, que mesmo a discussão aparentemente teórica sobre os fundamentos da *exceptio* visava, em última análise, a uma consequência prática: dar *base legal* para a aplicação do mecanismo. Por isso pensamos ser consideravelmente menor a relevância desse debate diante de um ordenamento jurídico que possui regras específicas destinadas a legitimar a recusa ao cumprimento perante a inadimplência da contraparte, como é o caso do art. 476 do Código Civil, no Brasil, complementado por outras tantas normas capazes de guiar sua aplicação concreta<sup>92</sup>. Vai-se além: a busca

<sup>87</sup> Nesse sentido, cf. Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 53.

<sup>88</sup> Veja-se, à guisa de exemplo, o esforço de Catherine Malecki para fundamentar a *exceptio* no art. 1.184 do *Code*, alternativa seguida por boa parte da doutrina francesa, numa espécie de interpretação *a fortiori* da regra que legitima a resolução contratual naquele ordenamento; se a parte prejudicada pode pleitear a extinção do contrato, não faria sentido proibir-lhe suspender a execução (*L'exception d'inexécution*, cit., pp. 57-77). Segundo a autora, a regra seria suficiente para servir de base à *exceptio*, sendo desnecessária a edição de um artigo específico (p. 503).

<sup>89</sup> Ettore Favara, *L'exceptio non adimpleti contractus*, cit., p. 54, relacionando diversos precedentes da *Suprema Corte di Cassazione* a respeito.

<sup>90</sup> Ettore Favara, *L'exceptio non adimpleti contractus*, cit., p. 60.

<sup>91</sup> Giovanni Persico, *L'eccezione di inadempimento*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 2.

<sup>92</sup> Não se quer com isso dizer que o estudo dos fundamentos da exceção de contrato não cumprido (ou de qualquer outro instituto) seja irrelevante, apenas porque há artigos de lei dedicados ao assunto. A busca

pelos fundamentos da *exceptio* não só nos parece pouco frutífera como, a rigor, soa-nos um procedimento metodologicamente criticável para os fins que se lhe costuma atribuir.

JOSÉ JOÃO ABRANTES, por exemplo, aduz que somente o resultado dessa pesquisa “poderá servir de fio condutor no tornear de algumas dificuldades de aplicação do instituto, de que destacamos, entre outras, as respeitantes ao domínio de aplicação, às causas de incumprimento suscetíveis de legitimar o recurso à exceção, à importância da inexecução requerida, aos efeitos do exercício da exceção, à possibilidade ou impossibilidade de renúncia a tal exercício, etc.”<sup>93</sup>. HENRI CAPITANT também parece lhe atribuir esse potencial, ao dizer que “conhecendo o fundamento sobre o qual repousa a exceção *n. a. c.*, podemos procurar, *baseando-se nele*, precisar o campo de aplicação desta exceção e as regras que a regulam”<sup>94</sup>.

Essa perspectiva, a nosso sentir, merece ser superada. Diante do atual cenário da metodologia jurídica, parece-nos que a busca pelos fundamentos da *exceptio non adimpleti contractus* deve ser substituída pela identificação das *funções* que ela é capaz de desempenhar. Utilizando a linguagem de nosso legislador, o esforço deve se dirigir à identificação do “fim econômico ou social” do instituto, principal critério balizador dos limites impostos ao exercício de posições jurídicas, conforme o art. 187 do Código Civil de 2002.

Com efeito, atribuir ao *fundamento* a capacidade exclusiva de explicar e resolver os problemas de um instituto é característica típica de um pensamento que nega a natural *historicidade* dos fenômenos jurídicos<sup>95</sup>, por acreditar que seus elementos

---

pelos fundamentos pode auxiliar na própria compreensão das disposições legais pertinentes, por exemplo, mediante o recurso ao método de interpretação histórica. O que se questiona é se esse método é o mais adequado para *solucionar os problemas jurídicos* decorrentes da exceção de contrato não cumprido, notadamente para guiar sua aplicação concreta. Tome-se como parâmetro a dúvida sobre a aptidão de o oferecimento de garantias pelo excepto obstar os efeitos da *exceptio* (v. Capítulo III, item 3.2.4): em que ajuda a constatação de que seu fundamento seria a *equidade*, a *causa*, o *equilíbrio* ou a *conexão entre enriquecimentos*? E mais: como *definir* o fundamento da *exceptio* senão olhando para o passado, remontando às suas origens canônicas e medievais? Estamos hoje inseridos *no mesmo contexto social*? O instituto continua a cumprir *o mesmo papel*? Não é o que nos parece. Por essas razões preferimos dar primazia ao perfil funcional da exceção de inadimplemento (algo concreto, que se extrai do texto, de suas possibilidades interpretativas e de sua aplicação pelos tribunais) em detrimento de uma especulação histórica, de um discurso abstrato e fluido.

<sup>93</sup> José João Abrantes, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, cit., p. 181.

<sup>94</sup> Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 268, grifos nossos.

<sup>95</sup> Por “historicidade” entende-se, como esclarece Bruno Lewicki, “a importância do recurso à história (e à história do direito) não mais, apenas, como uma forma de compreender o porquê dos conceitos e

fundantes permanecem com idêntica influência ao longo do tempo<sup>96</sup>. Como se não bastasse, tal perspectiva privilegia raciocínios estruturais complexos, por vezes excessivamente abstratos, desprezando a relevância do aspecto funcional dos fenômenos jurídicos (no que a dita “teoria da conexão entre enriquecimentos” não nos deixa mentir)<sup>97</sup>.

Parece-nos mais relevante, portanto, identificar as *funções* que o instituto tem a cumprir do que tão-só buscar seus *fundamentos* ou tentar extrair seu regime exclusivamente da sua pura *estrutura* jurídica. No Brasil, mais do que perguntar *o que dá lastro* ao mecanismo, deve-se perguntar *para que ele serve*<sup>98</sup>. Até porque, a bem dizer, o fundamento jurídico primordial da *exceptio non adimpleti contractus* no Direito brasileiro não parece ser a causa contratual, o equilíbrio entre as prestações, a vedação

---

institutos ‘serem como são’, mas também, e sobretudo, com o objetivo de entender como – e mesmo se – eles devem ser inseridos na sociedade atual” (*Limitações ao direito de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*, Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Civil pela UERJ, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Tepedino, 2007, p. 12). Bebendo na fonte de Pietro Perlingieri e António Manuel Hespanha, o autor analisa essa característica, ínsita a qualquer fenômeno jurídico, com a elegância que lhe é peculiar, dispensando-nos de maiores comentários e referências bibliográficas a respeito: “o civilista contemporâneo tem se aproximado dos novos historiadores ao tomar consciência de que, independentemente da repetição terminológica, ‘a história é a ciência das coisas que não se repetem’. Com os olhos voltados para a sociedade em que está inserido, aprende a deixar de buscar no passado a resposta para problemas atuais, como se necessário fosse recorrer a uma suposta “essência” dos institutos e conceitos envolvidos. Nas palavras de Pietro Perlingieri, ‘é grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá os seus próprios mecanismos’” (*Limitações ao direito de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*, cit., pp. 11-12).

<sup>96</sup> Traçando um paralelo com outro mecanismo aplicado aos contratos em geral – o contrato com pessoa a declarar –, constatação semelhante é feita por Luiz Roldão de Freitas Gomes a respeito da inconveniência de manter-se os olhos postos no elemento fundante do instituto (*garantir o anonimato da pessoa a ser nomeada*, no caso do contrato com pessoa a declarar), sendo mais frutífero substituir o foco pela função prática que o mecanismo é capaz de desempenhar nos dias atuais: “É um erro [...] com reflexos na normal qualificação dogmática do instituto, entender que sua função regular reside no interesse do ocultamento da parte em si substancial, o que apenas retrata aspectos excepcionais e de menor relevância da figura jurídica. Caracteriza-se ela, hodiernamente, em pôr-se como instrumento de atividades intermediárias ou de circulação indireta das situações obrigacionais, praxe sempre mais freqüente e difusa” (*Contrato com pessoa a declarar*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 28).

<sup>97</sup> Historicidade e funcionalização representam duas características metodológicas significativas do direito civil contemporâneo – aquela representa o reconhecimento “da importância que [os institutos] exercem naquela determinada sociedade, naquele determinado momento histórico”, enquanto a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos impede “a perpetuação do esquema da subsunção, já completamente ultrapassado, e libertando o fato – e juntamente com ele o juiz – dos enquadramentos rígidos em prol da aplicação da normativa mais adequada ao caso concreto” (Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Bruno Lewicki, “O Código Civil e o Direito Civil Constitucional”, in Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378).

<sup>98</sup> Aqui não se pode deixar de reproduzir a já consagrada lição de Pietro Perlingieri (tantas vezes repetida, mas sempre indispensável): “é da máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno ao ato. O ‘como é?’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 94).

ao enriquecimento sem causa ou a equidade: seu fundamento *legal* é o art. 476 do Código Civil, uma norma jurídica.

E, para reconhecer as funções que um instituto tem a desempenhar, o intérprete deve examinar sua efetiva aplicação (ou seja, sua utilidade prática). Por isso nossa próxima tarefa será identificar as potencialidades interpretativas do texto consolidado no art. 476 do Código Civil<sup>99</sup>, para depois observarmos sua concretização pelos nossos tribunais.

#### 1.4. As potencialidades do art. 476 do Código Civil

A principal leitura que se faz do art. 476 é a de servir de base para que o réu, demandado pelo autor inadimplente, possa recusar o cumprimento de sua obrigação enquanto o demandante não cumprir ou não oferecer a que lhe cabe anterior ou simultaneamente.

Como aludimos no início deste capítulo, grande parte de nossos doutrinadores costuma identificar a exceção de inadimplemento como “um meio de defesa processual”<sup>100</sup>, uma “defesa oponível pelo contratante demandado, contra o co-contratante inadimplente”<sup>101</sup>, uma “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”<sup>102</sup>, que “*pressupõe*, assim, a ação de uma das partes contratantes *demandando* o seu crédito”<sup>103</sup>. E é praticamente unânime a afirmação de que esse conceito é fruto do atual art. 476 do Código Civil, antigo art. 1.092, primeira parte, do Código Civil de 1916. Essa seria, por assim dizer, a *exceptio non adimpleti contractus* por excelência, a utilidade prática do instituto mais próxima de suas origens, sua tradição e sua própria nomenclatura.

---

<sup>99</sup> Como ensina Judith Martins-Costa, “devemos tentar recolher da estrutura dos textos legais o que a letra não diz diretamente, a sua voz possível, para assim iniciar a responsável construção da sua dogmática” (“Notas sobre o princípio da função social do contrato”, in *Revista Literária de Direito*, São Paulo: Jurídica Brasileira, nº 37, ago./set. 2004, p. 17).

<sup>100</sup> Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, cit., p. 75.

<sup>101</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 159.

<sup>102</sup> Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, vol. 2, 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, p. 333.

<sup>103</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 3, 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 166, grifos nossos.

No entanto, a redação codificada pode oferecer ao intérprete mais do que apenas uma matéria de defesa perante um pedido de cumprimento, pois o art. 476 não diz, de maneira restritiva, que *o réu poderá opor exceção caso o autor não tenha cumprido a obrigação que lhe cabia anterior ou simultaneamente*. Ao invés, o texto apenas estabelece que *“nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”*; firma-se um comando normativo, mas não se estabelece uma consequência jurídica única e precisa<sup>104</sup>.

O intérprete não deve estar limitado, portanto, a uma leitura histórica do dispositivo, extraindo-lhe exclusivamente uma defesa processual, mas, ao contrário, deve procurar “lhe conferir a máxima eficácia social”, na expressão de GUSTAVO TEPEDINO<sup>105</sup>. E um esforço interpretativo do art. 476 permite que se ampliem as alternativas postas à disposição do contratante fiel em face de um inadimplemento de sua contraparte.

Perante a inexecução, em vez de limitar-se, conforme sugere a maior parte de nossos autores, a “a) permanecer inativo, alegando a *exceptio non adimpleti contractus*; b) pedir a rescisão contratual com perdas e danos, se lesado pelo inadimplemento culposo do contrato; ou c) exigir o cumprimento contratual”<sup>106</sup>, o contratante fiel pode tomar outras iniciativas que, conforme as circunstâncias, lhe sejam mais convenientes. Pode, por exemplo, ir a juízo buscar a declaração de que não está obrigado a cumprir enquanto a contraparte não o fizer, elidindo os efeitos da *mora debitoris* sem que lhe seja exigido o depósito de sua prestação, o que eventualmente instigará o inadimplente ao cumprimento. Tudo depende dos limites interpretativos que se queira dar ao art. 476.

---

<sup>104</sup> Não se quer com isso dizer que o art. 476 seja desprovido de consequência. Como se verá nos parágrafos a seguir, mesmo uma interpretação literal da norma permite extrair-se efeitos jurídicos distintos, como a inexigibilidade da prestação pelo inadimplente ou a legitimidade do não-cumprimento pelo excipiente. Tais consequências apenas não são exclusivas, e tampouco estão flagrantemente determinadas pela redação codificada – que é bastante diversa, por exemplo, do § 322 do BGB, segundo o qual “[s]e uma parte ajuizar ação para o cumprimento de prestação devida por um contrato bilateral, o exercício do direito que lhe corresponde de negar a prestação até a execução da contraprestação *só terá o efeito a que a outra parte deva ser condenada ao cumprimento simultâneo*” (tradução livre do autor, a partir da tradução do BGB para o espanhol recentemente editada sob o título *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, dirigida por Albert Lamarca Marquès, cit., p. 103, grifos nossos).

<sup>105</sup> Gustavo Tepedino, “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002”, in Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XV.

<sup>106</sup> Maria Helena Diniz, *Código Civil anotado*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 766.

Com efeito, repita-se, o artigo diz que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Logo, a norma impede que o inadimplente exija o cumprimento da obrigação pela contraparte, de modo que o demandado pode obstar a pretensão do demandante; é a *exceptio non adimpleti contractus* em sua manifestação tradicional.

Há ainda outra interpretação que decorre do texto, sem fugir de sua literalidade; basta ver-se o mesmo fenômeno acima por outro ângulo. Se, por não ter cumprido sua obrigação, um contratante não pode “exigir o implemento da do outro”, significa, por imperativo lógico, que o contratante fiel está legitimado, em juízo ou fora dele, a recusar o cumprimento. Ou seja, se o inadimplente não pode exigir o cumprimento da obrigação do outro contratante, então este último não está obrigado a cumprir enquanto perdurar a inadimplência alheia. E, se o contratante fiel não pode ser cobrado durante esse período, então ele tem uma espécie de *direito a não cumprir*, cujo reconhecimento, conforme as circunstâncias, pode lhe ser útil; conforme anota ARNO SCHILLING, “sopesando as suas conveniências, será, muitas vezes, mais vantajoso para ele recusar a execução, que lhe compete, até que a contraparte execute a a obrigação dela; com isso contornará os incômodos da propositura de uma ação judicial, os riscos de uma eventual inexecução definitiva e da insolvência do adversário. A exceção de inexecução é o instrumento técnico-jurídico que responde a esses interesses do contratante”<sup>107</sup>.

Visualize-se a seguinte – e corriqueira – hipótese: promitente-vendedor e promitente-comprador discutem sobre o pagamento de prestação pecuniária final que, conforme os termos contratuais, deveria ser efetuado após a entrega de um apartamento em plenas condições de habitabilidade. O promitente-vendedor está convencido de que o bem atende aos requisitos contratuais, enquanto o promitente-comprador entende que o imóvel não se encontra em estado satisfatório para habitação. Tomemos como pressuposto que a interpretação dos fatos e do contrato favoreça a defesa do promitente-comprador – ou seja, o imóvel não se encontra conforme os padrões exigidos e decorre das cláusulas contratuais que a prestação discutida somente poderia ser cobrada após a perfeita entrega do bem.

---

<sup>107</sup> Arno Schilling, “A exceção de inexecução de contrato bilateral”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, nº 156, nov./dez. 1954, p. 498.

A aplicação do art. 476 do Código Civil em litígios dessa natureza permite extrair as seguintes conclusões, na linha do que dissemos nos parágrafos antecedentes: (i) se “nenhum dos contratantes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”, então o promitente-vendedor não está autorizado a exigir do promitente-comprador a prestação pecuniária, pois não cumprira antes sua obrigação (entregar o imóvel em perfeito estado); (ii) se a prestação pecuniária não pode ser exigida do promitente-comprador, então este não está obrigado a pagá-la; (iii) se o promitente-comprador não está obrigado a pagar a prestação, então não lhe pode ser imputado qualquer inadimplemento; (iv) se um inadimplemento não lhe pode ser imputado, então o promitente-comprador está legitimado a não cumprir a obrigação; (v) se o promitente-comprador está legitimado a não cumprir a obrigação, então ele tem *direito a não cumprir*, circunstância que lhe pode ser reconhecida em juízo.

Parece-nos, em última análise, que o principal resultado decorrente do art. 476 é *legitimar a postura do contratante de não cumprir sua prestação enquanto não lhe seja exigível a fazê-lo*, seja porque deve prestar em segundo lugar, conforme a dinâmica do contrato, ou porque sua prestação somente será exigível mediante oferecimento da contraprestação. Em termos mais instigantes, dali decorre um *direito a não cumprir* em favor do contratante fiel.

Essa constatação, tal como a expressão que a sintetiza, está longe de representar uma novidade. SAN TIAGO DANTAS há muito já dizia que, como “uma das prestações é a causa do interesse da outra, não se tem que negar o *direito de não cumprir* a prestação, diante do inadimplemento de uma das partes”<sup>108</sup>, enquanto CARVALHO SANTOS, ao mencionar a oponibilidade da *exceptio* pelo contratante fiel, afirma cuidar-se do “meio legal de fazer valer aquele seu *direito de não cumprir* a sua obrigação sem que, primeiro ou contemporaneamente, seja cumprido a do que quer exigí-la”<sup>109</sup>. Já FERNANDO PESSOA JORGE, em tópico sob sugestivo título (“Direito de não cumprir um dever”), é categórico ao mencionar “casos em que, por razões de diversa ordem, *a lei autoriza o sujeito de um dever a não o cumprir*”, dando destaque à *exceptio non adimpleti*

---

<sup>108</sup> Francisco Clementino de San Tiago Dantas, *Programa de direito civil*, vol. 2, cit., p. 190, grifos nossos.

<sup>109</sup> João Manuel de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 15, cit., p. 238, grifos nossos.



*contractus* entre as “situações mais importantes, em que a lei autoriza o devedor a não cumprir”<sup>110</sup>.

Também a jurisprudência faz uso constante da idéia, conforme se verá nos itens a seguir. Apenas para ficarmos com exemplos recentes e eloqüentes, tem-se em repertório paulista (nitidamente influenciado pela opinião de CARVALHO SANTOS) que a *exceptio* representa “meio jurídico de [fazer] valer o *direito de não cumprir* a obrigação”<sup>111</sup>; em acórdãos catarinenses lê-se que, “até que a outra parte cumpra com as obrigações que lhe cabem”, o contratante adquire “o condicional *direito de não cumprir* com sua obrigação”<sup>112</sup>; enquanto na jurisprudência portuguesa diz-se que “no caso de ocorrer um cumprimento defeituoso por parte do vendedor cabe ao comprador o *direito de não cumprir* com a sua obrigação correlativa de pagar o preço, enquanto a prestação defeituosa não tiver sido corrigida”<sup>113</sup>.

Reconhecida, pois, a existência desse direito a não cumprir, nosso próximo passo deve ser a identificação de alguns papéis que o art. 476 do Código Civil é capaz de desempenhar. A jurisprudência brasileira tem-lhe reconhecido diversas aplicações concretas, como veremos adiante, sendo a mais comum, por óbvio, dar lastro a uma defesa do demandado em ação direcionada ao cumprimento. Essa é, como já dissemos, a *exceptio non adimpleti contractus* por excelência, sua manifestação mais evidente, aquela que se extrai mais facilmente da redação do art. 476. Será, portanto, nosso ponto de partida.

#### 1.4.1. Defesa do réu diante da pretensão ao cumprimento de obrigação contratual

O raciocínio que legitima o manejo de uma *exceção* a partir do art. 476 decorre, como se disse, da literalidade do dispositivo: *o contratante que não cumpre sua*

<sup>110</sup> Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 262-263, grifos do original.

<sup>111</sup> TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão nº 903264-0/6, Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, v. u., j. 24.10.2006. Em sentido semelhante, cf. TJSP, 23ª Câmara “D” de Direito Privado, Apelação Cível nº 1.016.468-0, Rel. Des. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, v. u., j. 22.05.2009; e TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível com Revisão nº 647.640-4/3-00, Rel. Des. Beretta da Silveira, v. u., j. 09.06.2009.

<sup>112</sup> TJSC, 3ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível nº 2007.036230-3, Rel. Des. Henry Petry Junior, v. u., j. 19.12.2008, grifos nossos. No mesmo sentido, cf. TJSC, 3ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível nº 2008.019178-3, Rel. Des. Henry Petry Junior, v. u., j. 03.11.2008.

<sup>113</sup> Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 3705/04, Rel. Dr. Sousa Pinto, v. u., j. 05.10.2005, grifos nossos.

*obrigação não pode exigir o implemento da obrigação do outro*. Logo, se o exigir, sua pretensão poderá encontrar obstáculos: o demandado poderá defender-se sob a alegação de que apenas não cumpriu porque o demandante ainda não o tinha feito, e que, por esse motivo, não pode ser forçado a adimplir sem que antes lhe seja assegurado o cumprimento da obrigação correspectiva. Como resume SAN TIAGO DANTAS, “a exceção se opera com toda a simplicidade nos termos desta resposta: cumpra primeiro sua obrigação, pois enquanto não for cumprida não serei obrigado a cumprir a minha”<sup>114</sup>. O instituto é diariamente aplicado nesses moldes, notadamente em ações relativas a promessas de compra e venda, permutas, empreitadas ou prestações de serviços.

Na Apelação Cível nº 2002.001.24038, por exemplo, julgada pela 18ª Câmara Cível do TJRJ, Jorge Paraízo pretendeu a condenação de Fabio Fitzner Ferreira à outorga de escritura translativa da propriedade de determinado imóvel. O alienante defendeu-se sob o argumento de que parte do preço ajustado era composta pela transferência de um automóvel, que, no entanto, lhe teria sido entregue de modo irregular, o que foi confirmado pelas provas colhidas. Nesse cenário, o acórdão registrou que “não cumprida pelo apelante [Jorge Paraízo] a sua prestação contratual, não pode exigir do apelado o implemento da sua, nos termos do art. 1092, do Cód. Civil”<sup>115</sup>.

Essa atuação da *exceptio* é tradicionalmente apresentada, seja nos manuais de direito civil ou nas monografias especializadas, como a oposição de uma *exceção substancial dilatória*, o que denota sua potencialidade defensiva e sua íntima ligação com a dinâmica processual. De acordo com autorizada doutrina, “chama-se exceção, *strictu sensu*, à defesa consistente na alegação, pelo réu, de fato ou de direito seu que torna ineficaz a pretensão do autor”<sup>116</sup>. Do conceito geral de exceção distinguem-se as *exceções processuais*, que atacam o processo ou a admissibilidade da ação (como a

---

<sup>114</sup> Francisco Clementino de San Tiago Dantas, *Programa de direito civil*, vol. 2, cit., p. 189.

<sup>115</sup> TJRJ, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2002.001.24038, Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, v. u., j. 19.11.2002.

<sup>116</sup> José Carlos Barbosa Moreira, “Reconvenção”, in *Direito processual civil: ensaios e pareceres*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 113.

exceção de incompetência ou suspeição), das *exceções substanciais*, em que a defesa dirige-se em face de matéria de mérito<sup>117</sup>.

Quanto aos efeitos, as exceções podem se dividir em dilatórias e peremptórias; *exceções dilatórias* são aquelas nas quais não se tranca definitivamente a possibilidade de uma nova ação, mas apenas se estende o curso do processo ou da pretensão, enquanto as *exceções peremptórias* visam a extinguir a relação processual<sup>118</sup>. Costuma-se dizer que a *exceptio non adimpleti contractus* consiste em uma exceção substancial dilatória porque, em seu papel clássico, “*paralisa a ação do autor*”<sup>119</sup> (efeito dilatatório), por meio da *alegação de que este não cumpriu a obrigação devida anterior ou simultaneamente* (matéria de mérito).

De fato, as conseqüências da exceção de inadimplemento são distintas daquelas exceções tidas como peremptórias. Por exemplo, na exceção de prescrição (até recentemente apontada como o maior exemplo de exceção substancial peremptória<sup>120</sup>),

---

<sup>117</sup> A bem dizer, o termo “exceção” é polissêmico. Em sua acepção mais ampla, diferentemente daquela estrita citada no corpo do texto, designa “qualquer defesa apresentada pelo réu” (Sergio Bermudes, *Introdução ao processo civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 53). E mesmo o conceito de “exceção substancial” admite diversas leituras, como esclarecem os especialistas: “alguns preferem reservar o nome exceção substancial apenas à defesa indireta de mérito, usando o vocábulo contestação para defesa direta de mérito; outros ainda em vez de exceção substancial nesse sentido mais estrito, falam em preliminar de mérito. Essa classificação é feita em vista da natureza das questões deduzidas na defesa. (...) Por outro ângulo (o conhecimento da defesa pelo juiz), fala-se em objeção, para indicar a defesa que pode ser conhecida de ofício (p. ex., incompetência absoluta, coisa julgada, pagamento) e em exceção em sentido estrito, para indicar a defesa que só pode ser conhecida quando alegada pela parte (incompetência relativa, suspeição, vícios da vontade v. CPC, art. 128, parte final). No tocante à primeira, o réu tem o ônus relativo de alegá-la; quanto à segunda, o ônus é absoluto. Na sistemática da legislação processual brasileira usa-se o nome exceção para indicar algumas exceções processuais, cuja arguição obedece a determinado rito (CPC, art. 304; CPP, art. 95; CLT, art. 799). Chama-se contestação, no processo civil, toda e qualquer outra defesa, de rito ou de mérito, direta ou indireta, contendo também preliminares (CPC, arts. 300 e 301)” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 272).

<sup>118</sup> Sobre o assunto, cf. William Santos Ferreira, “Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – Compatibilizações materiais e processuais”, in Araken de Assis *et al.* (coord.), *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 547.

<sup>119</sup> Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, cit., p. 75, grifos nossos; no mesmo sentido, cf. Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 110; e Humberto Theodoro Júnior, “Exceção de contrato não cumprido – Aspectos materiais e processuais”, cit., p. 15.

<sup>120</sup> Diz-se “até recentemente” em função da mudança promovida pela Lei nº 11.280, de 2006, que revogou o art. 194 do Código Civil, segundo o qual “[o] juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. Essa alteração fez com que alguns estudiosos passassem a negar à prescrição a natureza de exceção, sob o argumento de que se tornou reconhecível de ofício pelo magistrado. O assunto é polêmico, e estas linhas não são o local adequado para debatê-lo; sobre o tema, cf. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, “Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – Ou de como o art. 3º da Lei nº 11.280/2006 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro”, in *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 25, jan./mar. 2006, pp. 280-296; Leonardo Mattietto, “A prescrição à luz da Lei

bem como na exceção de compensação, a pretensão sofre as conseqüências de uma causa que lhe atinge a exigibilidade perpetuamente: o crédito prescrito jamais voltará a ser coercitivamente exigível, e a compensação extingue o crédito. Por sua vez, a exceção de inadimplemento atinge, sim, a exigibilidade da prestação devida ao demandante, mas por causa temporária (que é o incumprimento de obrigação cujo adimplemento ainda é possível) e por período efêmero (já que a suspensão se encerra com o cumprimento da obrigação pelo excepto).

Por isso é comum encontrar-se entre nossos autores a afirmação de que o *excipiens* não refuta o pedido do demandante ao alegar a *exceptio non adimpleti contractus* no processo de conhecimento; ao invés, reconhece a existência da obrigação, mas suscita uma causa impeditiva da exigibilidade de sua prestação, que fica diferida até o momento em que a obrigação do excepto for cumprida<sup>121</sup>.

Assim, diz PONTES DE MIRANDA, “não se pré-exclui o julgamento da procedência da demanda; apenas se condena o demandado a prestar simultaneamente, ao receber a contraprestação”<sup>122</sup>. Por outras palavras, sugere o tratadista que o juiz, reconhecendo a legitimidade da *exceptio* alegada, deve acolher os pedidos formulados pelo autor, mediante sentença condenatória cuja execução estará condicionada aos ditames dos arts. 582 e 615, IV, do CPC. Essa opinião é secundada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>123</sup>, ALCIDES MENDONÇA LIMA<sup>124</sup> e SERPA LOPES<sup>125</sup>, seguindo o padrão estabelecido pelo § 322 do BGB<sup>126</sup>.

---

nº 11.280/2006”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nº 42, set. 2006, pp. 89-94; e Gustavo Kloh Müller Neves, *Prescrição e decadência no direito civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 111-114.

<sup>121</sup> É o que dizem Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 134; e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, 2. ed., Rio de Janeiro: AIDE, 2003, pp. 222-223. José João de Abrantes acompanha o raciocínio: “O excipiente apenas se opõe à exigência de cumprimento de sua obrigação feita pelo outro contraente, enquanto este não realizar ou não oferecer a realização simultânea da contraprestação a que, por seu turno, está adstrito. Limita-se à recusa de sua prestação enquanto se mantiver a situação de recusa de cumprir por parte do outro contraente” (*A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, cit., p. 129).

<sup>122</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 134.

<sup>123</sup> Humberto Theodoro Júnior, “Exceção de contrato não cumprido – Aspectos materiais e processuais”, cit., p. 17.

<sup>124</sup> Alcides Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 6, t. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 268-269.

<sup>125</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 161-162, com a ressalva de que sua opinião foi manifestada à época da

Na jurisprudência, cite-se precedente emanado do TJRJ relativo a promessa de compra e venda de imóvel em construção no qual litigavam Alzilene Arruda Fernandes, adquirente, e São Fernando Patrimonial Ltda., alienante. A compradora ajuizou ação com a pretensão de ver a construtora condenada a transferir o imóvel que prometera construir até março de 1998, concluído apenas em março de 2000. A ré, em sua defesa, suscitou que a promitente-compradora interrompera o pagamento das prestações em março de 1998, sob o pretexto de que o prazo contratual não havia sido observado; encerrada a construção, a promitente-vendedora alegou que não seria admissível a transferência da propriedade sem o pagamento integral das parcelas em aberto. O pedido cominatório foi julgado procedente, mas a tese defensiva foi acolhida pelo tribunal, que condenou a ré “a efetuar a entrega das chaves, após o pagamento das parcelas devidas pela autora”<sup>127</sup>.

Esse entendimento, no entanto, não tem sido prestigiado pela maior parte dos tribunais brasileiros<sup>128</sup>, sendo inclusive afastado por recentes decisões do STJ, que têm pugnado pela *improcedência do pedido* como resultado do acolhimento da *exceptio*. No Recurso Especial nº 673.773, por exemplo, julgado pela 3ª Turma, em votação por maioria<sup>129</sup>, cuidava-se de ação de cobrança movida por Maurício Schaffer e cônjuge visando, em resumo, à condenação de Telmo Barreto e cônjuge a cumprir acordo pelo qual estes seriam responsáveis pelos ônus decorrentes de ações trabalhistas relativas a período em que administraram empreendimento transferido aos autores; os réus

---

vigência do CPC de 1939, antes, portanto, do advento do atual CPC. Feita essa adaptação, Rafael Villar Gagliardi parece acompanhar a opinião do falecido desembargador (*A exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 266-270).

<sup>126</sup> “§ 322. Condenação à prestação simultânea. (1) Se uma parte ajuizar ação para o cumprimento de prestação devida por um contrato bilateral, o exercício do direito que lhe corresponde de negar a prestação até a execução da contraprestação só terá o efeito a que a outra parte deva ser condenada ao cumprimento simultâneo” (tradução livre do autor, a partir da tradução do BGB para o espanhol recentemente editada sob o título *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, dirigida por Albert Lamarca Marquès, cit., p. 103).

<sup>127</sup> TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2002.001.24931, Rel. Des. Helena Bekhor, v. u., j. 25.03.2003, grifos nossos.

<sup>128</sup> Pode-se mesmo dizer que a ampla maioria da jurisprudência brasileira segue a tendência de julgar improcedente o pedido quando oposta a *exceptio* e presentes seus pressupostos. Apenas à guisa de exemplo, faz-se menção ao seguinte precedente: TJRJ, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2008.001.00321, Rel. Des. Célia Meliga Pessoa, v. u., j. 18.03.2008.

<sup>129</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 673.773/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para o acórdão Min. Ari Pargendler, v. m., j. 15.03.2007. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “CIVIL E PROCESSO CIVIL. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. EFEITO PROCESSUAL. A exceção de contrato não cumprido constitui defesa indireta de mérito (exceção substancial); quando acolhida, implica a improcedência do pedido, porque é uma das espécies de fato impeditivo do direito do autor, oponível como preliminar de mérito na contestação (CPC, art. 326). Recurso especial conhecido e provido”.

defenderam-se sob a alegação de que só estariam obrigados a adimplir se os demandantes, de sua parte, cumprissem obrigação de transferir determinado maquinário, como negocialmente previsto em instrumento de distrato. Em sentença mantida após apelação, julgou-se procedente o pedido, cuja eficácia ficaria suspensa “até o adimplemento da obrigação de entregar coisa certa”. Segundo a relatora, Min. NANCY ANDRIGHI, verificava-se na ação que a *exceptio* fora “argüida meramente como matéria de defesa, de onde se extrai que os efeitos daí decorrentes (...) se limitam a suspender a eficácia do distrato”, devendo-se “reduzir, portanto, a incidência da exceção de contrato não cumprido à mera defesa dilatória”. Já em voto-vista que se tornou vencedor, o Min. ARI PARGENDLER, reconhecendo a “dificuldade (...) de saber qual o efeito processual da procedência da *exceptio non adimpleti contractus*”, contrapôs a opinião de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, que já citamos, segundo a qual “[o] sistema do nosso Direito (...) não é o de repelir a ação do exceto, mas a de conferir-lhe uma sentença condicional contra o excipiente”, com a de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, para quem a *exceptio*, sendo espécie de “fato impeditivo do direito do autor”, deveria fazer com que o juiz julgasse “improcedente o pedido”<sup>130</sup>, para concluir, ao cabo, que a segunda seria “a melhor orientação. A prestação inexigível não pode ser tutelada judicialmente”<sup>131</sup>.

O manejo da *exceptio* também costuma ser utilizado para hipóteses em que a execução do contrato se completou de forma insatisfatória, mas não há interesse do excipiente em pleitear o acréscimo, a substituição ou a correção do adimplemento, sendo-lhe suficiente negar o seu dever de cumprir em razão da inexecução alheia.

---

<sup>130</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 823.

<sup>131</sup> O voto-vista foi acompanhado pelos ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho, este último dizendo que reconhecida “pelo magistrado a ausência de prestação, quando exigível, há que se julgar o pedido improcedente, porque se trata de questão que concerne ao mérito da causa”. Poucos meses depois a 3ª Turma do STJ se viu diante de hipótese semelhante, e mais uma vez prevaleceu a orientação do Min. Ari Pargendler, com voto-vencido da Min. Nancy Andriahi. Em apertada síntese, Jack Suslik Pogorelski pleiteara a condenação de Lisiane Mutti de Brito a entregar-lhe imóvel objeto de promessa de compra e venda entre eles firmada. A ré objetou que o demandante encontrava-se inadimplente, pelo que reconveio, cobrando-lhe o preço faltante. O acórdão da apelação julgara procedente os dois pleitos. Em seu voto, a Min. Nancy Andriahi, interpretando o contrato, considerou que primeiro a ré deveria entregar o bem pronto e acabado, outorgando a pertinente escritura, para depois cobrar o saldo do preço, pelo que a ação deveria ser acolhida e à ré-reconvinte deveria ser ressalvado “o direito de, após cumprida a obrigação fixada na sentença [isto é, a transferência do imóvel], exigir do ora recorrente o pagamento da diferença”. De outra parte, o Min. Ari Pargendler entendeu que a reconvenção deveria ser julgada improcedente, aduzindo as mesmas razões prevalecentes no Recurso Especial nº 673.773, no que foi novamente acompanhado pelos ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 869.354/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Min. Ari Pargendler, v. m., j. 14.06.2007).

Foi essa a lógica que presidiu o julgamento da Apelação Cível nº 2007.001.38763 pela 5ª Câmara Cível do TJRJ<sup>132</sup>. Segundo os autos, Therezinha Fonseca Araújo, ao mover ação de cobrança, alegou ter realizado serviços de reparos e decoração no apartamento da ré, sem, contudo, receber a remuneração pactuada. Iraci Santana de Freitas defendeu-se comprovando falhas na execução dos serviços, que lhe teriam causado prejuízos, com o que a câmara julgadora entendeu não se poder “obrigar a ré a efetuar o pagamento por um serviço que não foi devidamente prestado”. Não havia interesse da tomadora do serviço em obter o melhoramento das obras realizadas, bastando-lhe ser reconhecida a legitimidade da recusa ao pagamento, conduzindo à improcedência do pedido deduzido. Raciocínio semelhante foi aplicado pela 2ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, negando à Gastrocentro Serviços Médicos S/C Ltda., em ação monitória, a pretensão de obter de Cristiane Campos Lopes o pagamento por cirurgia plástica que, além de não ter produzido o resultado estético desejado, ainda teria trazido problemas de saúde antes inexistentes à ré; o tribunal, em suas palavras, procedeu ao “acolhimento da *exceptio non adimpleti contractus* deduzida pela ré”<sup>133</sup>.

Vale lembrar, a propósito, que o reconhecimento do direito do réu a não cumprir, tendo por base o inadimplemento do demandante, poderá levar à extinção do processo quando se tratar de execução de título judicial ou extrajudicial, pois o art. 615, IV, do CPC impõe ao credor “provar que adimpliu a contraprestação, que lhe corresponde, ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do credor”; além disso, segundo o art. 743, V, do CPC, há “excesso de execução” quando o credor “sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor”, sendo, pois, matéria deduzível em embargos à execução<sup>134</sup>.

Não nos cabe aqui enfrentar em detalhes a conseqüência processual do acolhimento da *exceptio non adimpleti contractus*, dada a natureza desta dissertação. O

---

<sup>132</sup> TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2007.001.38763, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, v. u., j. 31.07.2007.

<sup>133</sup> Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 2ª Câmara, Apelação nº 832.620-5, Rel. Juiz Morato de Andrade, v. u., j. 03.04.2002.

<sup>134</sup> Nesse sentido, apenas exemplificativamente, cf. TJSC, 3ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível nº 2005.015390-4, Rel. Des. substituto Sérgio Izidoro Heil, v. u., j. 31.10.2006; TJSC, 3ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível nº 2002.020255-5, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, v. u., j. 03.09.2004.

ponto que queríamos deixar claro, pois importante para este trabalho, é que, independentemente da eficácia processual, o art. 476 do Código Civil permite ao contratante fiel defender-se em juízo contra uma cobrança ilegítima, assegurando-lhe recusar sua prestação enquanto não lhe seja oferecido o cumprimento da obrigação correspondente, ou simplesmente reconhecendo a legitimidade de sua conduta ao não prestar diante da inexecução alheia.

#### 1.4.2. Defesa do réu na ação de resolução contratual por inadimplemento

O disposto no art. 476 do Código Civil também pode servir como defesa do réu na ação de resolução contratual por inadimplemento – seja para assegurar a manutenção do contrato ou para afastar os efeitos de uma inadimplência que lhe seja supostamente imputável<sup>135</sup>.

Sabe-se que a resolução do contrato por inadimplemento, conforme lição de autorizada doutrina, tem como pressupostos a existência do sinalagma e a verificação de um incumprimento definitivo imputável ao devedor<sup>136</sup>. Além disso, conforme anota RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, o credor não pode estar inadimplente ao demandar a resolução: “quem inadimpliu não pode resolver, pois a resolução existe para proteger a parte não-inadimplente da violação provocada pela outra”<sup>137</sup>. Três defesas básicas há, portanto, para o réu de uma demanda resolutória: negar a correspondência contratual; negar ter havido incumprimento definitivo a ele imputável; ou demonstrar que o demandante encontrava-se inadimplente ao ajuizar a ação. O art. 476 do Código Civil pode auxiliar a construção da segunda defesa, pois com base nele, como dissemos

---

<sup>135</sup> Esse potencial já havia sido indicado por Rafael Villar Gagliardi: “deve-se mencionar que a exceção de contrato não cumprido pode ser considerada matéria de defesa na ação de resolução eventualmente proposta 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” (*A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 85).

<sup>136</sup> Veja-se, a propósito, Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 31 e pp. 96 e ss.; e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução, cit., pp. 77 e ss. Este último ainda sugere como requisito da resolução o fato de o credor não ser inadimplente, o que, a nosso ver, conforme ressaltado neste item 1.4.2, representa mais uma consequência lógica do mecanismo do que propriamente um requisito; não há prejuízo, todavia, em vê-lo como tal.

<sup>137</sup> Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução, cit., p. 166. Por “credor não-inadimplente”, conclui o ministro aposentado, entende-se “a parte que, como credora, não está em *mora creditoris*, e a que, como devedora, já efetuou a sua prestação, sem ter recebido a contraprestação, ou está beneficiada por um prazo ainda não vencido ou vencido depois do inadimplemento da devedora” (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução, cit., p. 166).



acima, os efeitos do inadimplemento não podem ser imputados a que tem direito a não cumprir.

Na ação de resolução, o contratante fiel pode defender-se tendo em mira dois objetivos: a manutenção do contrato, se ainda possível, ou sua extinção. Se quiser a manutenção do contrato, defender-se-á sob o argumento de que não houve inadimplemento definitivo de sua parte, pois está legitimado a não cumprir enquanto perdurar o descumprimento alheio, pelo que o pedido resolutório deve ser negado. Foi o que se viu no julgamento do Recurso Especial nº 34.307 pela 3ª Turma do STJ<sup>138</sup>. O pedido resolutório foi apresentado por Retentores Bloque Indústria e Comércio Ltda. perante Laércio Vicentini Gasparini e cônjuge, visando à extinção de compra e venda de imóvel por inadimplência pecuniária e conseqüente reintegração de posse. A defesa dos réus se baseava na “falta de cumprimento pela autora de suas obrigações, assim [como] a apresentação de documentos, incluído o Certificado de Quitação do IAPAS, necessário para a lavratura da escritura definitiva”, circunstância de fato reconhecida em juízo como inexecução. O pedido foi julgado improcedente “como decorrência da *exceptio non adimpleti contractus*”, e os réus mantiveram-se na posse do bem.

Já se preferir a extinção contratual, com retorno ao estado anterior, o excipiente precisará reconvir ou ajuizar nova ação, pois não será de seu interesse a procedência do pedido do excepto, que lhe traria os diversos efeitos atribuídos ao descumprimento, como o pagamento de juros, a incidência de cláusula penal ou o ressarcimento de prejuízos ao demandante<sup>139</sup>. Dá-se como exemplo o julgamento da Apelação Cível nº 2002.001.13085 pela 8ª Câmara Cível do TJRJ<sup>140</sup>, também envolvendo questões imobiliárias, na qual Planhab Empreendimentos e Participações Ltda. pleiteou a resolução de contrato firmado com Denise Lima Barbosa Roeyer tendo em vista o não-pagamento por esta de suas prestações pecuniárias. A ré não só contestou o pedido, sob o fundamento de que a demandante não estava cumprindo diversas obrigações contratadas, como ofereceu reconvenção, baseada nesses mesmos inadimplementos,

---

<sup>138</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 34.307/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v. u., j. 12.08.1996. Em sentido semelhante, cf. STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 2.330/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, v. u., j. 08.05.1990.

<sup>139</sup> Note-se que, se o excipiente não tiver interesse (ou necessidade) em obter a volta ao estado anterior, não será necessário o ajuizamento de ação resolutória ou reconvenção; é o que ocorre, por exemplo, quando o excipiente ainda não havia iniciado a execução do contrato.

<sup>140</sup> TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2002.001.13085, Rel. Des. Ferdinando Nascimento, v. u., j. 29.10.2002.

visando à resolução do contrato em seu favor, com a conseqüente devolução corrigida de todos os valores até então pagos, cumulada com o ressarcimento dos prejuízos sofridos e despesas processuais. Os fatos deduzidos pela ré-reconvinte foram tidos como inexecução contratual da autora-reconvinda, e o tribunal então procedeu à extinção em favor da demandada, valendo-nos destacar a seguinte passagem: “a *exceptio non adimpleti contractus* foi o instrumento útil que a apelada utilizou para frear a aventura jurídica do apelante”.

Como se vê, há em comum nas duas alternativas o interesse jurídico de o contratante fiel atribuir ao autor-inadimplente a configuração de um descumprimento e demonstrar que ele, réu, não teria inadimplido o contrato – afinal, sua obrigação não era simplesmente *prestar*, mas *prestar mediante contraprestação*.

Ao desempenhar esse papel, o exercício do direito a não cumprir foge das características típicas de uma exceção substancial dilatória. É que, alegando o inadimplemento prévio do demandante, o demandado não está querendo apenas encobrir temporariamente o direito pleiteado em juízo; ao invés, nega a própria existência desse direito, pois a inadimplência do demandante o impede de exigir a resolução do contrato. Logo, quando o contratante fiel faz uso de seu direito a não cumprir para afastar um pedido resolutorio, sua defesa não será puramente uma exceção, pois atacará a própria essência da pretensão movida pelo autor; será, como preferem os processualistas, uma objeção<sup>141</sup>. Prevalecendo seus argumentos, haverá necessariamente a improcedência dos pedidos do autor<sup>142</sup>.

#### 1.4.3. *A utilidade do reconhecimento de um “direito a não cumprir”*

A possibilidade do ajuizamento de ações atípicas, ao lado da complexidade dos negócios privados e da inesgotável criatividade dos atores do tráfego jurídico, permite que, tendo por base o disposto no art. 476 do Código Civil, se ampliem as alternativas

---

<sup>141</sup> Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução, cit., p. 172. Segundo Araken de Assis, “[é] manifesto (...) que a alegação de inadimplemento tem sentido diverso na demanda resolutoria, comparativamente à demanda de cumprimento, transformando-se em defesa direta de mérito, cuja acolhida importará a rejeição do pedido formulado pelo inadimplente. Este efeito é invariável” (*Do direito das obrigações*, in Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.), *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 680).

<sup>142</sup> Nesse sentido, cf. Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 270.

de atuação do contratante fiel perante o inadimplemento da contraparte. Se identificamos a existência de um direito a não cumprir, ou seja, se admitimos que o contratante pode legitimamente suspender o oferecimento de sua prestação diante da inexecução alheia, então o puro e simples reconhecimento dessa legitimidade lhe pode ser satisfatório. Como já afirmou GUSTAVO TEPEDINO, “não parece infundada a propositura de ação (...) para a oposição da *exceptio non adimpleti contractus*”<sup>143</sup>.

Significa dizer, por outras palavras, que o reconhecimento de um direito a não cumprir (inclusive em juízo, caso se entenda conveniente) pode atender aos interesses eventuais do contratante fiel e, conforme as circunstâncias concretas, ser mais *efetivo* do que a resolução do contrato, a execução específica da obrigação ou a mera reparação dos danos. Na linha do que sugere RENÉ CASSIN, privar o inadimplente “de seu direito de reclamar a execução concomitante ou mesmo prévia de seu adversário” significa “levantar o meio mais eficaz, o mais lícito, de conseguir o resultado procurado”<sup>144</sup>. Em determinados casos, pode ser mais útil ter-se a simples declaração de que não se está obrigado a cumprir, em vez de pleitear-se a execução pela contraparte.

Foi o que aconteceu no julgamento do Agravo de Instrumento nº 800.379-00/7, conduzido pela 2ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Pelo que consta dos autos, Takano Editora Gráfica Ltda., mediante contrato de compra e venda com reserva de domínio, havia adquirido de GS Press Inc. uma máquina de impressão digital para fins gráficos – equipamento diretamente destinado à sua atividade-fim. A máquina passou a apresentar defeitos logo após a conclusão do negócio, impedindo a adquirente de utilizá-la para atendimento de sua clientela. Como a assistência técnica de responsabilidade da ré não estava sendo capaz de encontrar solução para os defeitos, a adquirente entendeu irrazoável continuar pagando as prestações relativas a um bem inativo por falha imputável ao alienante.

Diante desse panorama, obtive o provimento de liminar destinada a ver reconhecido seu direito de suspender o pagamento das prestações “até a recolocação e

---

<sup>143</sup> Gustavo Tepedino, “A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 301, mai. 1988, p. 83, grifos nossos.

<sup>144</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., p. 427.

efetivo funcionamento do equipamento”, conforme o voto do relator. O acórdão foi assim ementado:

RESERVA DE DOMÍNIO. COMPRA E VENDA. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. EQUIPAMENTO COM DEFEITO. PREJUÍZO DO COMPRADOR. OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. ‘FUMUS BONI IURIS’ E ‘PERICULUM IN MORA’. PRESENÇA. CABIMENTO. É cabível a **concessão de medida liminar para suspender o pagamento das prestações** de contrato de compra e venda com reserva de domínio, **com base no princípio *exceptio non adimpleti contractus***, uma vez que o bem não funciona e se encontra inativo, causando prejuízos ao comprador, sem que tenha sido adotada qualquer providência de assistência técnica por parte do vendedor<sup>145</sup>.

Essa alternativa também é bastante utilizada na prática forense para evitarem-se ou mitigarem-se os efeitos deletérios de um protesto cambial indevido<sup>146</sup>. Do TJSC tem-se o exemplo da ação movida por Elisabet Gartner Carminati em face de Ony Joaquim de Carvalho, relativa a imóvel em construção que havia sido adquirido pela autora. Consideradas descumpridas obrigações contratuais do réu diretamente relacionadas ao escopo do negócio, a demandante pleiteou que fosse declarada a inexigibilidade dos boletos bancários emitidos para pagamento das prestações vencidas, a sustação definitiva dos protestos já realizados e a “suspensão da exigibilidade das parcelas vencidas e vincendas, até o cumprimento da contraprestação (transferência da propriedade e quitação de todas as despesas do imóvel), *com fundamento no art. 476, do Código Civil*” (grifos nossos). O tribunal entendeu presente a inadimplência do réu, julgou procedente os pedidos e concluiu que a “inexigibilidade dos títulos encaminhados ao tabelionato, [então] declarada, [tinha] por fundamento a *causa de pedir* apresentada na petição inicial, qual seja, *a exceção do contrato inadimplido*” (grifos nossos), em acórdão com a seguinte ementa:

<sup>145</sup> 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 2ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 800.379-00/7, Rel. Juiz Andreatta Rizzo, v. u., j. 11.08.2003.

<sup>146</sup> É sabido que o protesto de títulos, cuja função primordial é fazer prova contra o devedor, tem servido por vezes como meio abusivo de cobrança de créditos. Não é raro o devedor ver-se necessitado a quitar dívida discutível, antes ou após o protesto, apenas para evitar possíveis registros negativos em sistemas como os do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC). Quanto ao tema do exercício abusivo do protesto, recomenda-se a leitura do artigo de Julio Barreto, “O abuso do protesto utilizado como mero meio de cobrança”, in Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Temas de direito civil-empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 365-402.

Apelação cível. **Ação declaratória de inexigibilidade de débito**, precedida de cautelares de sustação de protesto. Contrato de compra e venda de bem imóvel. **Exceção do contrato inadimplido**. Art. 1.092 do Código Civil de 1916 e art. 476 do Código Civil de 2002. Inadimplemento confessado pelo promitente vendedor. **Proibição de exigir o pagamento das parcelas avençadas enquanto não cumprir a obrigação de pagar todas as despesas que recaiam sobre o imóvel em construção**. É inexigível o título cambial vinculado a contrato de compra e venda de bem imóvel se há obrigação inadimplida por parte de quem se apresenta como credor<sup>147</sup>.

O STJ já teve a oportunidade de julgar – e legitimar – estratégia processual com esse teor. No litígio que deu origem ao Recurso Especial nº 142.939, Jacqueline Alves Farah Sarti foi a juízo para buscar a sustação de protesto e o reconhecimento da inexigibilidade de notas promissórias emitidas após a celebração de promessa de compra e venda de um estabelecimento comercial que adquirira de Sônia Mandruca. Em seu voto, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito sintetizou haver no caso “uma ação com apoio no art. 1.092 do Código Civil, ou seja, exceção de contrato não cumprido”. A ementa é significativa para o que pretendemos demonstrar:

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ART. 1092 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Tratando de promessa de compra e venda de estabelecimento comercial, **a falta de cumprimento da obrigação de uma das partes dá ensejo à prestação jurisdicional para tornar inexigível a obrigação da outra**, sem que tal decisão signifique violação aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, ficando claro que a decisão reflete o momento processual, não sendo, portanto, condicional. 2. Recurso especial não conhecido<sup>148</sup>.

Vê-se, pois, que o reconhecimento desse direito a não cumprir pode atender a diversos propósitos. Imaginemos, em caso como o do equipamento gráfico, citado há pouco, que fosse incômodo ao alienante deixar de receber as prestações pecuniárias, diante da necessidade de fazer frente a dívidas a vencer. Ciente dessas circunstâncias, ao comprador poderia ser mais prático simplesmente recusar o pagamento do que pleitear

<sup>147</sup> TJSC, 1ª Câmara de Direito Comercial, Apelação Cível nº 2006.003341-6, Rel. Des. Jânio Machado, v. u., j. 15.03.2007, grifos nossos; em sentido semelhante, no mesmo tribunal, cf. TJSC, 1ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível nº 1998.008032-0, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, v. u., j. 19.09.2006; e TJSC, 2ª Câmara de Direito Civil, Apelação Cível nº 1998.014063-3, Rel. Des. Monteiro Rocha, v. u., j. 22.04.2004.

<sup>148</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 142.939/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v. u., j. 20.08.1998, grifos nossos.

em juízo a substituição ou reparo da máquina, pois, além dos custos necessários a movimentar a máquina judicial (contratação de advogados, despesas processuais etc.), a apresentação de pedido condenatório em juízo lhe exigiria, no mínimo, a consignação dos valores contratualmente devidos. A tão-só suspensão dos pagamentos poderia ser suficiente para levar o alienante a tomar as providências necessárias ao conserto ou troca do equipamento<sup>149</sup>.

Ademais, é permitido dizer que o exercício do direito a não cumprir pode representar alternativa menos custosa ao contratante fiel, em comparação à ação consignatória, para ver-se livre das conseqüências da mora, de modo a impedir eventuais protestos indevidos ou simplesmente afastar o risco de tornar-se devedor de juros, cláusulas penais, multas contratuais e assim por diante. É que, se esse direito legitima a postura do contratante ao não cumprir sua obrigação, então sua existência por si só elide os efeitos da *mora debitoris*, fazendo com que a eventual consignação da prestação pelo contratante se torne uma *faculdade* a seu dispor, e não um dever jurídico, a que somente estará submetido caso queira obter a condenação da contraparte a prestar.

Esse raciocínio pode ser extraído do julgamento do Recurso Especial nº 5.213, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em acórdão unânime cuja ementa reconhece expressamente a legitimidade da recusa ao cumprimento:

DIREITO CIVIL. CONTRATO BILATERAL. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. INCIDÊNCIA DO ART. 1092, CC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Nos contratos sinalagmáticos, em que incidente a *exceptio non adimpleti contractus*, **permitido é ao contratante retardar o adimplemento da sua obrigação enquanto o outro não satisfaz a sua**<sup>150</sup>.

Segundo os autos, W. Prestadora de Serviços ajuizou ação de execução de título extrajudicial perante Telecomunicações do Pará S/A – Telepará, considerando ter esta inadimplido determinada obrigação contratual, tornando-se responsável pelo pagamento

<sup>149</sup> Trata-se, pois, de uma estratégia negocial: uma “defesa ativa”, por assim dizer. Como anota Catherine Malecki, “[a] exceção é uma arma defensiva e, como tal, participa da batalha defensiva. No entanto, é largamente admitido que a defesa é superior ao ataque. Não há defesa puramente passiva e o defensor é mais forte porque ele pode atrasar a seu critério o embate, e mesmo atacar de surpresa” (*L’exception d’inexécution*, cit., p. 297).

<sup>150</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 5.213/PA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. u., j. 20.11.1990.

de juros de mora, honorários advocatícios e demais despesas decorrentes da inexecução. Enquanto a executada alegava inadimplência anterior da própria exequente, esta última suscitava que “apresentada a fatura à [Telepará], só teria ela dois caminhos: a) saldar o compromisso; b) consignar em juízo o montante equivalente”. Nas instâncias ordinárias ficou demonstrado que a exequente somente cumpriu a parte que lhe cabia no contrato após a propositura da ação. “Via de consequência”, disse o relator, “não estava a [Telepará] obrigada, até então, a satisfazer sua obrigação, pelo que não se poderia imputar-lhe as sanções da mora ou mesmo exigir-lhe comportamento diverso, consignando em Juízo a sua parte”<sup>151</sup>.

Registre-se, por oportuno, que, a nosso sentir, esse direito de recusar o cumprimento independe de reconhecimento judicial. A suspensão da exigibilidade da obrigação do contratante fiel dá-se de pleno direito, tão-somente a partir do inadimplemento alheio<sup>152</sup>. É evidente que, por questões de prudência, o contratante pode ir a juízo pleitear a declaração desse direito, como se dá nas hipóteses em que se busca a inexigibilidade de títulos cambiais ou em medidas de urgência prévias a ações resolutórias, quando o demandante, já não tendo mais interesse na contraprestação, quer se assegurar de que não será considerado moroso enquanto pleiteia a extinção contratual<sup>153</sup>. Esse reconhecimento não lhe é indispensável, entretanto; o provimento

---

<sup>151</sup> À mesma conclusão chegou o voto-vista do Min. Barros Monteiro, ao considerar que a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* ao caso “exonera [a devedora] das consequências da mora”: “[s]aliente-se, ademais, que a consignação do principal em juízo constituía uma simples faculdade da devedora e não um encargo seu”.

<sup>152</sup> É importante ressaltar que a tese já foi rejeitada por precedentes brasileiros. Em julgamento de apelação cível, a 6ª Câmara Cível do TJRJ já decidiu que “a alegação de que o imóvel apresentava defeitos ocultos e por isso só percebidos após a aquisição e durante seu uso regular, de modo a justificar a exceção de contrato não cumprido, não autoriza a suspensão do pagamento dessas prestações, cabendo aos adquirentes promover as medidas que entendessem cabíveis para resguardo de seus direitos, seja pleiteando reparação dos danos porventura sofridos ou até mesmo eventualmente a redução do preço, ou ainda buscando eles próprios a rescisão do contrato em questão se assim entendessem correto, observada, conforme o caso, a necessidade de se consignar o valor de cada prestação que vencesse” (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2001.001.12385, Rel. Des. Ricardo Bustamante, v. u., j. 02.10.2001; do mesmo tribunal, cf. TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.46075, Rel. Des. Helda Lima Meirelles, v. u., j. 15.12.2005). Também a 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP já chegou a conclusão semelhante recentemente: “Em suma, os apelantes não poderiam ter suspenso os pagamentos a pretexto da falta de cumprimento a contento das obrigações pela construtora. Destarte, a sentença foi arguta ao observar que os apelantes também estavam em mora, pois suspenderam o pagamento das parcelas sem autorização judicial ou medidas equivalentes” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível com Revisão nº 299.447-4/1-00, Rel. Des. Boris Kauffmann, v. u., j. 02.06.2009).

<sup>153</sup> Essa postura conservadora é recomendável naqueles casos em que a prova da inexecução não seja robusta o suficiente para que o contratante fiel (ou pretense contratante fiel, melhor dizendo) não corra o risco de, numa eventual ação movida pela contraparte, ser tido como inadimplente. Foi o que ocorreu no litígio que deu origem ao Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 355.288/SP, julgado pela 3ª Turma do STJ em 22 de maio de 2001, em votação unânime, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi. A

judicial, quanto à legitimidade da recusa, não terá eficácia constitutiva, mas declaratória.

Essa estratégia foi adotada em litígio envolvendo a construção de uma usina produtora de álcool, encomendada pela Destilaria Alexandre Balbo Ltda. (“Destilaria Balbo”) à empreiteira Zanini S.A. Empreendimentos Pesados (“Zanini”), e que contou em lados opostos com a opinião jurídica de SILVIO RODRIGUES<sup>154</sup> e MIGUEL REALE<sup>155</sup>. Insatisfeita com supostos defeitos, atrasos e insuficiências das obras, a Destilaria Balbino suspendeu o pagamento de parcelas do preço. Diante dessa recusa, a Zanini ingressou em juízo pleitando o pagamento das parcelas faltantes e a indenização pelos danos causados pela suspensão; a destilaria, em sua resposta, alegou a *exceptio non adimpleti contractus* e ofereceu reconvenção, para que lhe fossem ressarcidos os custos necessários para dar cabo à construção.

Consultado pela Destilaria Balbino sobre a legitimidade de seu procedimento, SILVIO RODRIGUES afirma que a *exceptio* é uma “prerrogativa concedida à contratante pontual de sobrestar a entrega de sua prestação quando o outro contratante, ao cumprir a prestação que lhe incumbe, o faz de maneira defeituosa”<sup>156</sup>. E mesmo MIGUEL REALE, em parecer solicitado pela Zanini, admite que o mecanismo consagra uma “faculdade de suspender, temporariamente, *por sua iniciativa e critério*, o adimplemento de uma obrigação”<sup>157</sup>. Em voto vencido durante julgamento de apelação, mas prevalecente após julgarem-se embargos infringentes, afirmou-se o seguinte:

Com toda razão, portanto, a [Destilaria Balbino], ora apelada, ao fazer uso de seu direito de retenção das últimas parcelas. Queria

---

construtora Zarif Canton Engenharia Ltda. entendeu-se no direito de recusar a entrega de unidade habitacional a José Carlos Milanesi de Castro sob o pretexto de que o preço não havia sido integralmente pago, valendo ressaltar que o montante era objeto de discussão. As instâncias ordinárias entenderam que o promitente-comprador havia, sim, pago a integralidade do preço, de modo que a *exceptio* oposta extrajudicialmente pela construtora foi tida como ilegítima, e, por consequência, esta foi condenada a ressarcir os prejuízos causados pela mora ao adquirente.

<sup>154</sup> Seu parecer foi publicado nas pp. 35-48 do vol. 7 de seu *Direito civil aplicado*, sob a ementa “Contrato de empreitada (...). Usina produtora de álcool (...). Contratos bilaterais (...). Perdas e danos”, publicado em 1996 pela Saraiva.

<sup>155</sup> Miguel Reale, “A boa-fé na execução dos contratos”, in *Questões de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 22-32.

<sup>156</sup> Silvio Rodrigues, ““Contrato de empreitada (...). Usina produtora de álcool (...). Contratos bilaterais (...). Perdas e danos”, cit., p. 44.

<sup>157</sup> Miguel Reale, “A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 24, grifos nossos. A tese da Zanini se concentrava em descaracterizar sua inadimplência e a atribuir *limites substanciais* à oposição da *exceptio*, por ser supostamente desproporcional no caso concreto, o que será objeto do item 4.2 do Capítulo IV.



ela obrigar a apelante a cumprir com sua parte na avença, quer terminando o que começou, quer consertando ou realizando as modificações necessárias para que a destilaria produzisse a quantidade de álcool combinada. Contudo, ao invés de assim proceder, veio a [Zanini], embora sem razão tentar buscar no Judiciário direito que não tem. (...) Ao lançar mão, a [Destilaria Balbino], da *exceptio non adimpleti contractus* para defender-se, nada mais fez que *se utilizar de um direito* não só previsto pelo art. 1.092, como do que emerge da cláusula 9ª do contrato, que a previa expressamente<sup>158</sup>.

Um último esclarecimento se faz necessário quanto a este item: a legitimidade da recusa ao cumprimento tem como um de seus requisitos o inadimplemento contratual pela contraparte; não será ela, portanto, o mecanismo adequado para impedir a produção dos efeitos da mora perante o ajuizamento de *ações revisionais*.

Segundo a recente Súmula nº 380 do STJ, “a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”. Ou seja, o tão-só fato de ajuizar-se uma ação revisional não é suficiente para que o devedor seja liberado do pagamento de suas prestações. Isso não significa, é claro, que, com base inclusive no poder geral de cautela, o devedor não possa ser beneficiado por alguma medida de urgência que lhe reconheça o direito de não cumprir as prestações enquanto discute em juízo a revisão do contrato. Da mesma maneira, a Súmula não impede que, reconhecidos os pressupostos da revisão, o devedor seja eximido da obrigação desde período anterior à prolação da sentença – esta, aliás, é a opção seguida pelo art. 478 do Código Civil<sup>159</sup>. Todavia, não será o art. 476 do Código Civil a legitimar essa outra espécie de direito a não cumprir, mas instrumentos jurídicos diversos<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato de empreitada (...). Usina produtora de álcool (...). Contratos bilaterais (...). Perdas e danos”, cit., p. 41. Cumpre esclarecer que, instalada a disputa em 1986, Destilaria Balbo e Zanini finalmente concluíram acordo em 25 de fevereiro de 2002, pelo qual, em resumo, a Zanini comprometeu-se a pagar vultosa soma em dinheiro à contraparte (cf. relatório do Processo nº 583.00.2007.110430-6, em andamento perante a 23ª Vara Cível da Comarca de São Paulo; os autos do litígio entre a destilaria e a empreiteira se encontraram registrados sob o nº 583.00.1986.517394-9, e correu perante a 6ª Vara Cível da Comarca de São Paulo). A estratégia da Destilaria Balbo parece ter sido bem-sucedida, pois evitou o desembolso de quantias que, a rigor, não lhe eram devidas, tornando-se credora ao cabo da disputa.

<sup>159</sup> “Art. 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*” (grifos nossos).

<sup>160</sup> O próprio STJ parece caminhar nesse sentido, quando, em precedente relativo à revisão de contrato administrativo, suscitou que “[p]revendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato

Ainda assim, poder-se-ia pensar, em última análise, no recurso à *exceptio* perante hipóteses em que a contraparte tenha o *dever* de renegociar o contrato e se negue a fazê-lo, diante da existência de mecanismos como as cláusulas de *hardship*, por exemplo<sup>161</sup>. Não nos parece absurdo cogitar-se o inadimplemento de uma obrigação de renegociar o contrato, por assim dizer, ou mesmo a inobservância de um dever de cooperação decorrente de boa-fé, capaz de ensejar a invocação da *exceptio* – tudo a depender da verificação do grau de relevância dessa obrigação no programa contratual e de sua inclusão no conceito de vínculo sinalagmático, conforme se verá no Capítulo II<sup>162</sup>.

### 1.5. A natureza jurídica e o conteúdo da exceção de contrato não cumprido

A partir do relatado nos itens 3 e 4 *supra*, podemos concluir que, apesar da alcunha atribuída ao instituto, o art. 476 do Código Civil não dá azo apenas a uma exceção a ser alegada no processo, mas consagra um efetivo *direito*, que pode ser exercido de diversas maneiras. Logo, a natureza do mecanismo que estamos a estudar, analisado em sua globalidade, não é a de uma mera defesa dilatória, mas a de um *direito potestativo*<sup>163</sup>.

---

pela verificação da *exceptio non adimpleti contractus* imputável à administração, *a fortiori*, implica admitir sustar-se o ‘início da execução’ quando desde logo verificável a incidência da ‘imprevisão’ ocorrente no interregno em que a administração postergou o começo dos trabalhos” (STJ, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.154/PE, Rel. Min. Luiz Fux, v. u., j. 19.11.2002). O uso do argumento *a fortiori* prova que, na prática, não era a exceção de inadimplemento a base para a suspensão contratual; o instituto serviu apenas como recurso argumentativo para reforçar uma inexigibilidade decorrente *da imprevisão*, e não de um inadimplemento.

<sup>161</sup> Sobre as cláusulas de *hardship* e os demais mecanismos legais e consensuais de renegociação contratual no Direito brasileiro, cf., por todos, Adriana Gavazzoni, *A renegociação e adaptação do contrato internacional*, Curitiba: Juruá, 2006; Felipe Rocha Deiab, *Novos institutos do direito contratual contemporâneo: contratos relacionais, impossibilidade relativa e dever de renegociação*, dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela UERJ, sob a orientação do Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira Mota, 2007; e Frederico Eduardo Zenedin Glitz, *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula hardship*, Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>162</sup> A idéia parece pouco simpática a Felipe Rocha Deiab, para quem o descumprimento do dever de renegociar sujeitaria os contratantes apenas à reparação dos danos: “A questão principal, nesse ponto, é saber qual sanção seria aplicável à parte refratária à renegociação se os contraentes deixaram de definir no instrumento contratual as sanções a serem aplicadas na hipótese de descumprimento do dever de renegociação. Na ausência de regra contratual expressa, somente é possível cobrar perdas e danos causadas pelo descumprimento do dever de renegociar (Código Civil, art. 402 e segs.)” (*Novos institutos do direito contratual contemporâneo: contratos relacionais, impossibilidade relativa e dever de renegociação*, cit., p. 193).

<sup>163</sup> Pietro Perlingieri conceitua o direito potestativo como a situação jurídica ativa que “atribui ao seu titular o poder de provocar unilateralmente uma vicissitude jurídica desfavorável para outro sujeito (...): o seu titular pode, sozinho, constituir, modificar ou extinguir uma situação, apesar de isso significar invasão da esfera jurídica de outro sujeito que não pode evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder” (*O*

A recusa legítima ao cumprimento consiste em um *poder jurídico* atribuído ao excipiente, que, atendidos certos pressupostos, pode se abster de adimplir<sup>164</sup>. Decorre de uma declaração negocial de seu titular, apta a *modificar* a relação jurídica entre este e o excepto, paralisando a eficácia de sua obrigação (e, logicamente, do crédito correspondente). Não é um direito subjetivo contraposto ao dever jurídico de cumprir a obrigação, mas uma *situação jurídica autônoma que decorre do inadimplemento*, tal como o direito (também potestativo) à resolução contratual<sup>165</sup>. O exercício de tal direito representa, pois, uma *faculdade*<sup>166</sup> ao alvedrio do seu titular<sup>167</sup>, independente da vontade da contraparte; esta apenas se sujeita às consequências daquela atuação<sup>168</sup>.

É, ainda, um direito potestativo que independe de reconhecimento judicial, como dissemos no item anterior. O tão-só fato jurídico “inadimplemento” será suficiente para disparar os efeitos do mecanismo estudado, como anota DARCY BESSONE, para quem sua aplicação “não requer qualquer ato prévio, podendo ser invocado, pois, sem prévia autorização judicial ou constituição em mora”<sup>169</sup>. O eventual reconhecimento em juízo da legitimidade da recusa terá eficácia declaratória, de modo que o direito em si pode ser exercido extrajudicialmente<sup>170</sup>. Nos dizeres de MIGUEL REALE, trata-se de “uma

*Direito Civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 685). A nomenclatura *direito potestativo* é mais utilizada pelos autores italianos, ao passo que os alemães preferem denominá-lo *direito formativo*.

<sup>164</sup> Essa natureza potestativa da *exceptio* já havia sido identificada por Giovanni Persico (*L'eccezione di inadempimento*, cit., p. 13).

<sup>165</sup> Ruy Rosado de Aguiar Júnior é preciso ao demonstrar a natureza potestativa do direito à resolução contratual (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., pp. 21-53).

<sup>166</sup> Não se confunda a *faculdade* com o *direito* em si. A *faculdade*, diz Orlando Gomes, consiste no “poder de agir, compreendido no direito” (*Introdução ao direito civil*, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 120). O não-exercício da *faculdade* não ataca a essência do direito, que, em regra, permanece eficaz; ela é, por assim dizer, o modo pelo qual o direito pode se manifestar. Daí porque dizer que o excipiente, titular do *direito a não cumprir*, tem a *faculdade* de fazê-lo ou não, podendo optar por buscar a execução específica da obrigação ou mesmo pleitear a resolução do contrato (outra *faculdade* decorrente de um direito potestativo).

<sup>167</sup> É essa natureza *potestativa*, e não a natureza de *exceção dilatória*, pois, que deve justificar a tendência de negar-se ao juiz a possibilidade de reconhecer *ex officio* a exceção de inadimplemento. Sobre o problema da reconhecimento de ofício da *exceptio*, cf. William Santos Ferreira, “Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – Compatibilizações materiais e processuais”, cit., pp. 548-552.

<sup>168</sup> Poder-se-ia objetar que a natureza potestativa da recusa legítima ao adimplemento seria excluída pela possibilidade de o contratante inadimplente cumprir sua obrigação e, com isso, impedir o contratante fiel de exercê-la. No entanto, o adimplemento pelo devedor moroso, ao “neutralizar” o direito à *exceptio*, acaba por alcançar o interesse último do contratante fiel: a obtenção da correspondente prestação. É a mesma situação que se observa perante outro direito potestativo vinculado às obrigações sinalagmáticas: o direito de rejeitar a coisa eivada de vícios redibitórios.

<sup>169</sup> Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, cit., p. 200.

<sup>170</sup> Por isso há quem considere a *exceptio* um instrumento de autotutela, como Pietro Perlingieri (*O Direito Civil na legalidade constitucional*, cit., p. 676) e René Cassin (*De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations*

faculdade que equivale a um *ato de auto-exoneração temporária da obrigação de pagar ou de dar algo*”<sup>171</sup>.

Esse exercício do direito a não cumprir pode se dar de diversas formas. A principal, à luz de tudo que já dissemos, é mediante o oferecimento de uma exceção material pelo réu no processo. Quer nos parecer que a *exceptio non adimpleti contractus* “em sentido estrito”, enquanto mecanismo processual de defesa do demandado, está para o *direito a não cumprir* assim como a *pretensão ao cumprimento* está para o *direito subjetivo de crédito*; representa uma forma de atuação daquele direito, mas não a única. Como vimos, o instituto é capaz de lastrear uma exceção dilatória perante a pretensão ao cumprimento, uma defesa direta de mérito na ação de resolução e mesmo uma “defesa-ativa” do devedor ante o incumprimento alheio, além de outras potencialidades que nós não tenhamos identificado ou que venham a ser alcançadas perante novas necessidades do tráfego negocial.

Talvez fosse o caso, então, de abandonar-se o uso da alcunha “exceção de contrato não cumprido” (e seus sinônimos) ao instituto que ora se analisa, já que, pela conclusão a que chegamos, a *exceptio* representa apenas *uma manifestação* de algo maior, que seria essa “recusa legítima ao cumprimento”, “direito a não cumprir”, “direito de suspender a eficácia das prestações correspectivas”, “suspensão do contrato por inexecução” e assim por diante. Um excesso de rigor e zelo até recomendaria que abrissemos mão da expressão consagrada e propuséssemos uma nova designação para o instituto, capaz de albergar a maior amplitude que propomos. No entanto, parece-nos desnecessário fazê-lo.

Somos da opinião de que a propositura desmedida de novas nomenclaturas deve ser evitada, sob pena de se dificultar a compreensão e o diálogo (ainda que, por vezes, em detrimento da boa técnica). Não nos parece necessário inovar o vocabulário jurídico com a criação de uma nova designação para instituto tão conhecido. É inegável que a tradição jurídica brasileira e de outros países da família romano-germânica incorporou a

---

*avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., p. 422). Pensamos, todavia, que o instituto não possui essa natureza, pois, apesar de seu exercício alterar a eficácia de uma relação jurídica, não se opera qualquer invasão na esfera jurídica alheia, tampouco se viola direito de outrem, diferentemente de instrumentos como o desforço imediato ou a legítima defesa da posse. Nesse sentido, cf. Giovanni Persico, *L'eccezione di inadempimento*, cit., pp. 33-35.

<sup>171</sup> Miguel Reale, “A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 25, grifos do original.

expressão *exceptio non adimpleti contractus* ao seu linguajar sem necessariamente limitá-la aos confins de uma exceção alegável pelo réu em contestação – o que se prova, por exemplo, pela estrutura que o simbólico BGB dedica ao assunto<sup>172</sup> ou pelas abundantes referências a um suposto “princípio da exceção do contrato não cumprido”<sup>173</sup> ou a expressões assemelhadas, em casos que visam à defesa do réu na ação de resolução ou a legitimar a recusa de seu adimplemento.

Por esse motivo, o instituto emanado do art. 476 do Código Civil continuará sendo referido neste trabalho como “exceção de contrato não cumprido” e seus sinônimos, ainda que não se queira fazer referência apenas a uma *exceptio* em sentido estrito, mas a um direito a não cumprir, à legitimidade da recusa ao cumprimento, à suspensão da eficácia das prestações correspectivas, enfim, ao exercício do *direito potestativo* que buscamos identificar.

#### 1.6. O perfil funcional da exceção de contrato não cumprido

O exame acima sobre as potencialidades do art. 476 do Código Civil e o conteúdo da exceção de inadimplemento representa um passo fundamental para definir-se a *função precípua* do instituto – isto é, aquela função que se manifesta em qualquer hipótese de sua incidência e que, portanto, molda suas principais características, serve de baliza para a solução de seus problemas aplicativos.

Conforme o ensinamento de PIETRO PERLINGIERI, determinado fato jurídico por vezes “se exaure na produção de um único efeito, outras vezes produz uma multiplicidade de efeitos. Nestes casos, é necessário determinar se os efeitos têm a mesma relevância na qualificação do fato, ou se entre eles distinguem-se aqueles que

---

<sup>172</sup> A maneira como o BGB apresenta o instituto é emblemática: atribui ao seu § 320 a epígrafe de “*Einrede des nicht erfüllten Vertrags*” (sinônimo de “Exceção de contrato não cumprido”), cuja redação vale reproduzir novamente: “Quem estiver obrigado por um contrato bilateral *pode negar-se ao cumprimento da prestação que lhe incumbe até a execução da contraprestação*, a não ser que esteja obrigado a prestar antecipadamente”. Já o § 322 (esse, sim, relativo a uma defesa do demandado em juízo) recebe a epígrafe de “*Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug*” (algo semelhante a “Condenação à prestação simultânea”), e tem o seguinte teor: “Se uma parte ajuizar ação para o cumprimento de prestação devida por um contrato bilateral, o exercício do direito que lhe corresponde de negar a prestação até a execução da contraprestação só terá o efeito a que a outra parte deva ser condenada ao cumprimento simultâneo”.

<sup>173</sup> Por todos: “[O] Direito reclamado pela autora [declaração de inexistência de débito e cancelamento de protesto] se sustenta no *princípio da exceção do contrato não cumprido*” (TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão nº 963.846-0/0, Rel. Des. Nestor Duarte, v. u., j. 29.10.2008, grifos nossos).

determinam a função prático-jurídica (efeitos essenciais) daquele fato dos outros efeitos que não a determinam (efeitos não essenciais)”<sup>174</sup>.

Queremos crer que, à luz das potencialidades da regra, dos exemplos analisados e do estado atual da doutrina e da jurisprudência, a função precípua do instituto é a de *tutelar o contratante fiel na sua posição jurídica de devedor, permitindo-lhe recusar o cumprimento enquanto não lhe for assegurado o atendimento de seus interesses contratuais, mediante o adimplemento correspondente, e, por consequência, afastando-lhe os efeitos de um inadimplemento imputável*. Constitui-se, como diz BIAGIO GRASSO, “em um instrumento oferecido à defesa do devedor”<sup>175</sup>. Para chegarmos a essa conclusão é preciso compreendermos quais são, além desta, as demais funções que o mecanismo pode eventualmente desempenhar.

Costuma-se atribuir à *exceptio* as funções de defender a posição jurídica do devedor, de colaborar para o cumprimento integral do contrato, de servir como mecanismo de pressão à contraparte inadimplente, de atuar como uma garantia indireta do crédito do contratante fiel e, por fim, de manter o equilíbrio da relação contratual sinalagmática. Os exemplos analisados nos itens 4.1 a 4.3 supra mostram que, de fato, a *exceptio* pode desempenhar todos esses papéis – e talvez até mesmo alguns outros que não tenhamos sido capazes de assimilar –, cabendo-nos depurar, de todas essas manifestações, qual é primordial, que sempre está presente e, justamente por isso, deve ser tomada em conta para a correta compreensão do mecanismo.

Quando a exceção de contrato não cumprido se manifesta em seu papel clássico, o de defesa do demandado perante a pretensão ao cumprimento, o excipiente pretende ter-lhe garantido o *direito de não cumprir uma obrigação* enquanto o demandante não cumprir ou não oferecer a que lhe cabe anterior ou simultaneamente; defende-se dizendo: “*eu não posso ser condenado a cumprir enquanto tu não cumprires ou não ofereceres o que te cabe*”<sup>176</sup>. Reconhecidos seus pressupostos, a *exceptio* legitimará o

---

<sup>174</sup> Pietro Perlingieri, *O Direito Civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 659-660.

<sup>175</sup> Biagio Grasso, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto: profili generali*, Camerino: Jovene, 1973, p. 93. O autor conclui: “O devedor de uma relação correspondente tem a possibilidade de promover uma incisão sobre *aquela porção da relação em que figura como titular da situação passiva*, na presença de certos pressupostos” (grifos nossos).

<sup>176</sup> Ainda, como vimos no item 1.4.1 acima, a exceção de inexecução por vezes também é alegada como defesa direta contra a cobrança ilegítima da contraprestação relativa a uma obrigação descumprida pelo autor, ou insatisfatoriamente adimplida.

comportamento do demandado, que não sofrerá os efeitos da inadimplência (não será condenado a prestar, senão mediante contraprestação; não arcará com as conseqüências da mora etc.). Em casos tais, sobressai a capacidade de o instituto assegurar ao contratante fiel seu *direito de não ser condenado a prestar sem que ao menos lhe seja oferecida a correspondente prestação, bem como ao conseqüência de não lhe serem imputados os conseqüências da inadimplência temporária ou definitiva*. Tal função é destacada por ARAKEN DE ASSIS, ao descrever a exceção de inexecução como “importante mecanismo de defesa do obrigado de boa-fé contra os riscos de realizar uma atribuição patrimonial sem receber a contrapartida à qual ela se encontra associada nos termos do programa contratual. (...) É uma faculdade atribuída pela lei à parte que lhe autoriza abster-se do adimplemento”<sup>177</sup>.

Ao lado dessa função defensiva, é comum que o manejo da *exceptio* sirva ao contratante como uma ferramenta capaz de auxiliá-lo a buscar a *execução integral do contrato*. Isso porque, ao alegá-la, o *excipiens* também pode tanto demandar o inadimplente a prestar aquilo que deve, mediante reconvenção ou ação própria, como aguardar ser executado, com o que o exequente estará obrigado a “provar que adimpliu a contraprestação, que lhe corresponde, ou que lhe assegura o cumprimento” (art. 615, IV, do CPC)<sup>178</sup>. Assim, perante a oposição da *exceptio*, conclui FRANCESCO MESSINEO, “a parte inadimplente, tendo interesse na prestação alheia, se sentirá estimulada pelo próprio interesse a adimplir”<sup>179</sup>.

Essa constatação estimulou alguns juristas a caracterizarem a exceção de inadimplemento como um “bom meio de coerção”<sup>180</sup>. GIOVANNI PERSICO sugere ter a *exceptio* uma função de “meio indiretamente coercitivo”, também definida como uma “coação psicológica”<sup>181</sup>. JOSÉ JOÃO ABRANTES afirma servir o mecanismo “como forma de compelir o devedor a executar”, pois, se o credor reclamar a prestação sem que

<sup>177</sup> Araken de Assis, *Do direito das obrigações*, cit., pp. 656-657.

<sup>178</sup> Como exemplifica Rafael Villar Gagliardi, “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” (*A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 50).

<sup>179</sup> Francesco Messineo, *Dottrina generale del contratto*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1948, p. 535.

<sup>180</sup> José do Valle Ferreira, “Resolução dos contratos”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 403, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 1969, p. 10.

<sup>181</sup> Giovanni Persico, *L’eccezione di inadempimento*, cit., 1955, p. 8. O termo “coação psicológica” é atribuído a Gioachino Scaduto e Enrico Enrietti.

esteja, ele próprio, disposto a prestar, poder-lhe-á ser oposta a *exceptio* “como meio de pressão destinado a compeli-lo à execução simultânea”<sup>182</sup>. A idéia é compartilhada por JOÃO CALVÃO DA SILVA, para quem a exceção de inexecução constitui “sobretudo um meio de pressão sobre o devedor em mora, na medida em que este tenha interesse ou necessidade da prestação de coisa ou serviço que o credor lhe deva, pois, neste caso, o devedor será incitado a cumprir a sua própria prestação”<sup>183</sup>.

Aduz-se também que, aliada a essa função coercitiva, a *exceptio* poderia indiretamente comportar um papel de garantia ao cumprimento das obrigações. De fato, nos contratos sinalagmáticos, em que há o intercâmbio de prestações, as partes naturalmente lidam a todo momento com o risco da inadimplência alheia, de que algo venha a comprometer, temporária ou definitivamente, o cumprimento da obrigação pela contraparte. Caso haja descumprimento definitivo, a lei atribui à parte prejudicada o direito de resolver o negócio, podendo pleitear o equivalente à prestação intentada ou obter a restituição do que já houver prestado, além de ressarcir-se dos prejuízos decorrente do inadimplemento (art. 475 do Código Civil). Todavia, por questões práticas, muitas vezes é difícil obter-se em juízo a restituição daquilo que já se prestou antes do inadimplemento definitivo.

Há casos em que a recuperação da prestação transferida pode tornar-se mesmo impossível, quando, por exemplo, o ato de prestar tiver consistido numa obrigação de fazer ou na transferência de coisa infungível consumida. Nenhuma garantia, pessoal ou real, é capaz de evitar a eventual impossibilidade de uma prestação ser restituída. E mesmo quando a prestação a restituir-se seja dinheiro ou uma coisa fungível, nenhuma garantia, por mais sólida que seja, pode fornecer ao credor “a mesma segurança que tem ao *abster-se de cumprir*: basta pensar, entre outras eventualidades, na existência de créditos privilegiados ou no perecimento ou deterioração dos bens dados em

---

<sup>182</sup> José João Abrantes, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, cit., p. 208. A idéia de “meio de pressão” é compartilhada por Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, 5, ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 252.

<sup>183</sup> João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 337. O professor de Coimbra exemplifica: imagine-se caso em que “a prestação do *excipiens* já está em execução e é indivisível, hipótese em que a suspensão da realização da prestação (porque, por exemplo, o devedor não paga as prestações precedentemente já realizadas) se revelará, em regra, de grande eficácia constrictiva e determinará o devedor a cumprir suas obrigações”.



garantia”<sup>184</sup>. Dito de outra forma: a melhor forma de se recuperar um crédito é, quando possível, não o conceder.

Afirma-se, então, que a *exceptio* seria uma “garantia indireta” ao cumprimento, seja por pressionar a contraparte a prestar, por tirar o crédito ostentado pelo contratante fiel do concurso de credores ou, ao fim, por evitar a perda do valor de sua prestação, que permanece em seu patrimônio.

Segundo PAULO R. ROQUE A. KHOURI, “em todas as situações que a exceção é chamada a funcionar, mesmo quando haja prazos diferentes para o cumprimento da obrigação, vê-se que ela age protegendo o patrimônio do contratante fiel, evitando que ele efetive o sacrifício patrimonial contido na prestação que lhe compete”, de modo que “se o que se busca com a garantia é a recuperação do crédito concedido, não se concebe como negar uma função de garantia que protege o credor contra o risco de perder o próprio crédito”<sup>185</sup>. Essa função de garantia é também destacada por JOÃO CALVÃO DA SILVA, para quem “[é] preferível para o credor não cumprir a sua obrigação (...) a estar a cumprir e a sofrer as consequências da impotência económica do devedor inadimplente. Daí que, vista no plano de garantia (indirecta e negativa), a função da *exceptio* pode ser relevante, evitando ao *excipiens* a perda do valor de sua prestação”<sup>186</sup>.

Agrega-se à *exceptio* ainda uma função de “conservar o equilíbrio da contratação, permitindo que uma parte só possa ser obrigada a cumprir aquilo que se encontra obrigada se a outra cumprir a sua obrigação”<sup>187</sup>. Essa característica chegou a ser apontada em precedente da jurisprudência italiana citado por JUDITH MARTINS-COSTA, a partir de compilação levada a cabo por LUCA NANNI, no qual se lê que a exceção de inadimplemento visa a manter “o equilíbrio substancial e funcional entre as obrigações correspectivas”<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, “Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento”, estudo no prelo da *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa: Verbo, 2009, p. 12, grifos nossos.

<sup>185</sup> Paulo R. Roque A. Khouri, “A exceção do contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no direito brasileiro”, cit., pp. 304-305 e p. 310.

<sup>186</sup> João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 336-337.

<sup>187</sup> Rodrigo Toscano de Brito, *Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144.

<sup>188</sup> Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 419.

Embora se reconheça que a exceção de inadimplemento possa cumprir mais de um papel na dinâmica contratual, é inegável que todas as aplicações do mecanismo são impregnadas de um aspecto eminentemente *defensivo*. E a essência de todas essas manifestações tem como objeto a posição jurídica do contratante enquanto *devedor* – isto é, embora nos contratos sinalagmáticos cada contratante seja, ao mesmo tempo, credor e devedor um do outro, a *exceptio* se destina a proteger a situação subjetiva passiva ao qual está submetido o excipiente. Portanto, os eventuais efeitos práticos que a *exceptio* pode exercer em benefício da obtenção do crédito pelo contratante, sua situação subjetiva ativa, são conseqüências paralelas, secundárias ou indiretas ao âmago do instituto. Sua função precípua, a nosso sentir, consiste em *permitir ao contratante não cumprir uma obrigação ou impedir que sofra os efeitos de um suposto descumprimento dessa mesma obrigação*, única conseqüência comum em qualquer hipótese de manejo do instituto. Explica-se melhor.

Quando a *exceptio* é utilizada como mecanismo de defesa do contratante injustamente demandado (itens 4.1 e 4.2 *supra*), essa oposição não será capaz, *por si só*, de fazer com que o demandante efetivamente cumpra sua obrigação. É bem verdade que o demandante *pode vir a cumprir* espontaneamente – e, aliás, *deverá fazê-lo* se tiver interesse em executar o demandado, como exige o art. 615, IV, do CPC. Mas, conforme as circunstâncias concretas, pode ser mais conveniente ao demandante permanecer inerte, hipótese em que a *exceptio* será incapaz de levar ao cumprimento integral do contrato. Além disso, haverá casos em que o inadimplente estará decidido a não cumprir uma obrigação personalíssima, quando a *exceptio* terá apenas o efeito de impedir o excipiente de cumprir algo sem perspectiva de receber a contraprestação, sendo incapaz de convencer o excepto a cumprir seu dever. Ao contratante fiel restarão somente as alternativas de obter o equivalente pecuniário da obrigação contraída ou pleitear a resolução.

Se, em vez de simplesmente excepcionar, o demandado também reconvir pleiteando o cumprimento, evidentemente estará interessado na obtenção da contraprestação, e aí a *exceptio* será parte de uma atuação global visando ao adimplemento do contrato; dirá o demandado: “*eu não posso ser condenado a cumprir enquanto tu não cumprires ou não ofereceres o que te cabe [exceptio]; aliás, eu quero agora que tu cumpras o que me debes [reconvenção]*”. Atingido o resultado, não terá

sido a *exceptio* o instrumento decisivo, e sim o pedido reconvenicional, que independe da *exceptio* e poderia ter sido deduzido antes mesmo do ajuizamento da ação pelo demandante-inadimplente. Em suma, tomando de empréstimo a metáfora tantas vezes utilizada pelos processualistas, a *exceptio* será o escudo, enquanto a reconvenção representará o contragolpe; e não será o escudo que derrubará o adversário, mas o contragolpe.

Na mesma toada, se a reconvenção tiver como objetivo a resolução do contrato, a *exceptio* simplesmente servirá para evitar que o demandado seja considerado inadimplente, o que lhe impediria de pedir a resolução, por faltar-lhe pressuposto. Novamente, a *exceptio* será incapaz de conduzir ao cumprimento integral do contrato – até porque, se o demandado pretende a resolução, o cumprimento já não é mais do seu interesse.

O mesmo pode ser dito quando o demandado se defende, com base no art. 476, numa ação de resolução. O único efeito que o direito de recusar o cumprimento lhe empresta nesses casos é o de evitar que sofra as conseqüências de um inadimplemento imputável, já que, se a contraparte não cumpriu o que devia anterior ou simultaneamente, o demandado não pode sofrer os efeitos da inadimplência, pois estava legitimado a não cumprir. Não há aí qualquer eficácia coativa. Simplesmente se assegura a posição jurídica passiva do contratante.

Ainda quando a *exceptio* é manejada numa estratégia de “defesa ativa”, a eficácia buscada, a rigor, é novamente a de assegurar ao contratante o seu direito de não cumprir, afastando-lhe os efeitos de uma inadimplência que não lhe pode ser imputada. Se o reconhecimento de seu direito a não cumprir fizer com que a contraparte cumpra o que lhe cabe, a estratégia como um todo terá sido bem-sucedida, mas não em função exclusivamente da *exceptio*, e sim de uma conjunção de fatores, alguns dos quais possivelmente extrajurídicos. E, lembre-se, o manejo da *exceptio* dessa maneira ativa não será sempre capaz de levar ao cumprimento, por todas as razões enunciadas acima<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> Outro aspecto que mitiga essa eficácia coativa são as hipóteses de concessão de moratória. Se o contratante fiel a conceder à contraparte, embora a lei seja omissa quanto aos seus efeitos, não faria sentido que o contratante permitisse o atraso no cumprimento sem modificar as condições que ele próprio

Logo, muito embora a experiência mostre que a *exceptio* pode, de fato, servir como meio de pressão do devedor e conduzir ao cumprimento integral do contrato, essa não chega a ser uma função precípua e inafastável do instituto, mas uma repercussão eventual e acessória de sua aplicação prática. MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS assim sintetizam com precisão: “[à] *exceptio* não subjaz senão o desígnio de assegurar que cada uma das partes não seja constrangida a cumprir a sua prestação fora dos termos em que se encontra obrigada. Uma coisa, repita-se, é o seu efeito prático normal. Outra, bem diversa, a finalidade que visa satisfazer e que cunha o seu regime”<sup>190</sup>.

Também a função de garantia é secundária na *exceptio*. Conforme esclarecem PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, “não se pode olvidar que, indirectamente, por via da pressão exercida, este instituto *pode ser* um meio de o credor garantir o cumprimento de uma prestação”, mas “não assegura o cumprimento por parte do devedor inadimplente, nem aumenta ou confere qualquer privilégio em relação ao património do devedor”<sup>191</sup>. O tão-só fato de cogitar-se sua função de garantia *indireta* demonstra que esse aspecto não lhe é da essência.

É de se questionar, por fim, se a *exceptio* teria como finalidade primordial garantir equilíbrio entre os contratantes. A lógica do mecanismo é inegavelmente permeada por um sentimento de equilíbrio, por assim dizer, “dinâmico” ou “funcional”. É *também* para atender a fins de equilíbrio que se permite ao *excipiens* recusar o cumprimento se o excepto estiver inadimplente; seria pouco equânime que se permitisse a um contratante exigir as vantagens de um negócio sem lhe sofrer os ônus. No entanto, a fluidez da idéia pura de equilíbrio parece pouco frutífera para tê-la como *função primordial* a ser exercida por um instituto de efeitos tão concretos como a exceção de inadimplemento. Aqui, mais uma vez, repete-se a constatação de que o efeito prático do mecanismo não pode ser confundido com a função essencial que o move, o fim típico que ele busca atingir.

---

teria para prestar; ou seja, é natural que, diante da concessão de uma moratória, a *exceptio* não perderia sua eficácia, o que demonstra, mais uma vez, que a função coativa é secundária, e não essencial.

<sup>190</sup> Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, “Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento”, cit., p. 26. No mesmo sentido, cf. Biagio Grasso, *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto: profili generali*, cit., pp. 82-83.

<sup>191</sup> Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, 5, ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 252, grifos nossos.

Compreende-se, de todo modo, a atribuição dessa finalidade equilibradora à *exceptio* – especialmente quando se pensa que sua elaboração, de cunho canônico, tinha nítidos contornos de justiça contratual comutativa. Todavia, de lá para cá, o Direito Privado passou a conhecer instrumentos especificamente destinados ao equilíbrio contratual, como a resolução por onerosidade excessiva, a revisão por alteração de circunstâncias, a proteção ao contratante hipossuficiente, o regime das cláusulas abusivas, e mesmo a boa-fé tem sido instrumento apto a atender a esses fins. Já a exceção de contrato não cumprido, que possui uma norma específica a lhe servir de base, e que pretende atender a casos em que uma obrigação correspectiva é fruto de inadimplemento, não deve ser vista como mais um mecanismo destinado a esse desiderato – o que não só confunde o seu campo de aplicação como, principalmente, atrapalha o desenvolvimento teórico daqueles mecanismos outros, ou mesmo da idéia geral do princípio do equilíbrio econômico<sup>192</sup>. Deve-se evitar, sempre que possível, a utilização de idéias e conceitos fluidos para a solução de problemas que institutos específicos são capazes de resolver – como parece ser o caso da exceção de inadimplemento<sup>193</sup>.

Além disso, alguns exemplos podem mostrar hipóteses em que a *exceptio* seria aceitável, embora não tivesse por fim produzir propriamente um equilíbrio na relação contratual. Pense-se na alegação da *exceptio* diante do exemplo tão corriqueiro de compra e venda a crédito, em que se coligam o contrato de aquisição de um bem com um contrato de financiamento à aquisição. Conforme alude a doutrina recente<sup>194</sup>, o comprador pode suspender o pagamento das prestações de seu financiamento caso haja algum descumprimento de parte do vendedor (por exemplo, a existência de algum

---

<sup>192</sup> É o que já se vê, por exemplo, com respeito à banalização da boa-fé objetiva, criticada por Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., pp. 114-120. Especificamente quanto ao princípio do equilíbrio econômico, notadamente quanto ao seu fundamento e seu papel no Direito brasileiro, cf. Rafael Renner, *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007, pp. 46-163.

<sup>193</sup> Nesse sentido, após considerar que a *exceptio* poderia ter como fundamento a proteção à confiança do excipiente, ao lado de outros mecanismos igualmente protetivos da confiança, Anderson Schreiber esclarece: “nas hipóteses em que se prevê de forma expressa a vedação ao comportamento contraditório (v.g., artigos 175, 476 e 491), a impossibilidade de vir contra os próprios atos não deriva aí – ao menos não diretamente – de um princípio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium*, mas das regras específicas ditadas pelo Código Civil. Não se deve, tampouco nestes casos, proceder a investigações acerca da existência ou não de confiança legítima, porque ela foi presumida, incorporando-se positivamente no texto legal a solução que pareceu ao legislador mais adequada. (...) A invocação do *nemo potest venire contra factum proprium* nestas situações é desnecessária” (*A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 94).

<sup>194</sup> Por todos, cf. Willie Cunha Mendes Tavares, *A aplicação da exceção do contrato não cumprido aos contratos conexos*, cit., pp. 146-148.

defeito no produto transferido, ou o inadimplemento de deveres relacionados a assistência técnica), suspensão essa que naturalmente afetaria a posição jurídica do agente financiador. Se este, de sua parte, não estiver coberto por alguma espécie de seguro ou outro mecanismo capaz de mitigar esse risco, estará sendo prejudicado por um fato que não lhe é imputável. Não parece haver aí exatamente o resguardo de um equilíbrio da relação; nem por isso, todavia, o instituto deve ser afastado. E não será afastado porque, ainda assim, estará cumprindo sua função precípua, que é a de assegurar a posição jurídica do contratante fiel (no caso, o adquirente da mercadoria) na sua condição de devedor.

Dito por outras palavras, a *exceptio* não representa precipuamente um meio de pressão, embora, na prática, possa ter essa aptidão em uma série de ocasiões; não tem a função primordial de servir como proteção ao crédito do *excipiens*, tampouco como garantia, apesar de, em vários casos, servir como tal; não constitui por excelência um mecanismo de tutela do equilíbrio entre os contratantes, nada obstante seja capaz de exercer esse papel na maioria das circunstâncias; tampouco é, por si só, suficiente a assegurar o cumprimento integral do contrato. BIAGIO GRASSO é preciso ao comentar a necessidade de identificar-se a função essencial do instituto: “[s]e é verdadeiro, de fato, que a função concretamente perseguida por um instituto seja procurada tendo em conta o efeito essencial por ele produzido, é evidente que tudo aquilo que pode acontecer após a oposição da exceção, inclusive o adimplemento tardio, não pode ser enquadrado no âmbito funcional do instituto, não fazendo parte da mínima unidade de efeitos por ele produzida”<sup>195</sup>.

A função típica do instituto, aquela que efetivamente lhe caracteriza em todas as suas manifestações, e que, por isso, lhe molda as características, é a de *defender a posição jurídica do contratante fiel enquanto devedor, à luz do regime contratualmente estabelecido para o cumprimento das obrigações, impedindo que seja forçado a cumprir enquanto não lhe seja assegurado o adimplemento da obrigação correspondente, o atendimento concreto de seus interesses contratuais, e, por conseqüência, afastando os efeitos deletérios de um suposto inadimplemento*. Tal conclusão se aproxima do registrado por PETER WESTERMANN, em análise ao § 320 do BGB: “[a] lei fala

---

<sup>195</sup> Biagio Grasso, *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto*: profili generali, cit., p. 83, nota de rodapé 124.

claramente de um direito de recusa da prestação, que o devedor pode exercer. Com isto, visa dar-lhe na mão *uma garantia de não ter de cumprir sua própria obrigação para depois, de sua parte, ter de esperar pela contraprestação*<sup>196</sup>.

Recorrendo-se novamente à lição de BIAGIO GRASSO, vê-se que “seu efeito típico e qualificante consiste somente em afastar o dever de adimplir a própria obrigação”<sup>197</sup>. Trata-se, pois, de um mecanismo de *defesa de um devedor não-inadimplente*, consubstanciando, como diz MIGUEL REALE, “o propósito do excipiente de preservar um direito próprio, até que seja cumprida pelo outro contraente a prestação, cuja falta ou defeito argüir”<sup>198</sup>.

Essa constatação deve ser a chave de leitura para solução dos problemas interpretativos acerca do instituto. Ou seja, em atendimento ao art. 187 do Código Civil de 2002, esse é o seu “fim econômico ou social”, critério, portanto, a balizar uma série de conflitos que possam surgir acerca de sua aplicação e de seus efeitos, especialmente a incidência de princípios jurídicos nos litígios a ela relacionados, a exemplo dos casos de oposição contrária à boa-fé ou a abusividade de alguns efeitos de seu manejo, como veremos no Capítulo III.

---

<sup>196</sup> Peter Westermann, *Direito das obrigações: parte geral*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983, p.50. Em sentido semelhante, v. Maria de Lurdes Pereira, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 138-139.

<sup>197</sup> Biagio Grasso, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto: profili generali*, cit., pp. 83-84.

<sup>198</sup> Miguel Reale, “A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 25.

## 2. OS PRESSUPOSTOS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

**SUMÁRIO:** 2.1. “Nos contratos bilaterais”: o vínculo de corresponsividade. 2.1.1. A evolução dos conceitos de “contratos bilaterais” e “sinalagma”. 2.1.2. O vínculo de corresponsividade: “sinalagma”. 2.1.3. O conteúdo do vínculo de corresponsividade. 2.1.4. A identificação do vínculo de corresponsividade. 2.1.4.1. Os deveres de conduta perante o vínculo de corresponsividade. 2.1.4.2. O vínculo de corresponsividade nos contratos coligados. 2.1.4.3. O vínculo de corresponsividade nos contratos plurilaterais. 2.2. “Antes de cumprida a sua obrigação”: o inadimplemento. 2.2.1. O modelo peculiar de inadimplemento no Direito brasileiro. 2.2.2. As classificações do inadimplemento no Brasil. 2.2.3. O descumprimento ensejador da *exceptio non adimpleti contractus*. 2.3. “Exigir o implemento da do outro”: a exigibilidade da obrigação do excepto.

Não há maiores divergências doutrinárias a respeito de quais devem ser os pressupostos para oposição da *exceptio non adimpleti contractus*. Os autores que se debruçaram sobre o tema comungam a respeito de três requisitos fundamentais: (i) o *vínculo sinalagmático*; (ii) o *descumprimento*; e (iii) a *exigibilidade* da obrigação inadimplida<sup>199</sup>.

O *vínculo sinalagmático* representa o nexo que une as obrigações corresponsivas, o liame entre os contratantes pelo qual “o sacrifício de um é contrabalançado pela vantagem advinda do outro”<sup>200</sup>. Uma dessas obrigações precisa ser *descumprida* para que a contraparte, prejudicada, esteja legitimada a recusar a prestação que lhe incumbe.

<sup>199</sup> Por todos, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 227; e José João Abrantes, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, cit., pp. 39-127. Uma consulta às principais monografias dedicadas à exceção de inadimplemento pode dar a falsa impressão de haver dissonâncias sobre os pressupostos para sua aplicação: alguns autores listam requisitos que não estão presentes nas demais obras. Analisados esses textos de perto, contudo, vê-se que, com raras exceções, normalmente se está diante de decorrências lógicas do mecanismo ou de manifestações concretas daqueles três requisitos básicos. José María Gastaldi e Esteban Centanaro, por exemplo, à luz do ordenamento argentino, e após considerarem os contratos com prestações corresponsivas como o “âmbito de aplicação do instituto”, sugerem seis requisitos para seu funcionamento: a existência de uma demanda ao cumprimento; o inadimplemento do demandante; a inexistência de prazo a seu favor; não ter o demandante oferecido a prestação; inexistir pacto em sentido contrário; e a não-abusividade da alegação (*Excepción de incumplimiento contractual*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 67 e p. 89). A existência de uma demanda ao cumprimento não parece requisito porque, como vimos, o direito a não cumprir pode lastrear iniciativas do próprio excipiente; ademais, a legitimidade da recusa ao cumprimento decorre tão-só da inadimplência alheia (cf. item 1.5 do Capítulo I), pelo que seu manejo extrajudicial também é reconhecido. A inexistência de prazo em favor do excepto e a circunstância de não ter ele oferecido a prestação tampouco consistem em requisitos, mas em decorrências lógicas tanto da noção de exigibilidade como da *exceptio* em si: se há prazo em benefício do excepto, ou se ele ofereceu a prestação, não há inadimplemento de sua parte. Quanto à inexistência de pacto em sentido contrário, parece-nos metodologicamente estranho erigi-la como requisito; trata-se, a rigor, de um *limite eventual* à sua aplicação, e não um *pressuposto* – mesma natureza que atribuímos à abusividade de sua alegação. Críticas em sentido similar podem ser encontradas em Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 87-91.

<sup>200</sup> Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 5, t. 2, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25.



E o mecanismo só se aplica àqueles casos em que “se pode harmonizar a cronologia dos encargos de uma e outra das partes”<sup>201</sup>, isto é, quando o excepto deva prestar antes do que o excipiente e não o faz, ou quando as prestações devam ser realizadas simultaneamente – “toma-lá-dá-cá”, conforme a expressão utilizada por PONTES DE MIRANDA<sup>202</sup>.

A *obediência à boa-fé* é por vezes apresentada como quarto requisito à aplicação do instituto<sup>203</sup>. Trata-se de nítida influência do § 320 do BGB e do art. 1.460 do Código Civil italiano – o primeiro por dizer em sua segunda alínea que “[s]e uma parte tiver cumprido parcialmente a prestação, não pode por isso negar-se à contraprestação, se essa negativa, de acordo com as circunstâncias, especialmente pela relativamente pequena relevância da parcela restante, for contrária à boa-fé”; enquanto o segundo, em sentido semelhante, estabelece que, diante do inadimplemento, “não pode ser recusada a execução se, atendendo-se às circunstâncias, a recusa for contrária à boa-fé”. Também contribuiu nesse sentido a obra paradigmática de RENÉ CASSIN, para quem “um contratante demandado a executar seus compromissos não pode recusar-se a efetuar sua prestação, fundando-se sobre a inexecução dos compromissos correlativos, contanto que essa recusa justificada, de sua parte, seja compatível com a lealdade e a confiança recíproca necessárias à execução dos contratos”<sup>204</sup>.

O respeito à boa-fé, no entanto, parece-nos representar mais um *limite à exceção de inadimplemento* do que um pressuposto aplicativo<sup>205</sup>. Isto é, não se exige que a oposição da *exceptio* se dê conforme a boa-fé; exige-se tão-somente que seus pressupostos estejam presentes. Deve-se impedir que a exceção de inadimplemento seja oposta, que produza determinados efeitos ou que seja exercida de modo contrário à boa-fé, indubitavelmente, mas isso não significa que o filtro da boa-fé seja um requisito, uma regra, um *prius*; ao revés, é uma limitação, uma situação excepcional, um

<sup>201</sup> STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 100.128/RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, v. u., j. 24.02.1984.

<sup>202</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 119.

<sup>203</sup> Por todos, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 3, cit., p. 168; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, vol. 2, cit., p. 395; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 97.

<sup>204</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., p. 555.

<sup>205</sup> Hector Masnatta, curiosamente, indica a “oposição não-abusiva” como um “requisito-limite de aplicação da exceção” (*Excepción de incumplimiento contractual*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 77, grifos nossos).

*posterius*. A boa-fé, queremos crer, atua como um *limite* à exceção de contrato não cumprido, seja à sua oponibilidade, aos seus efeitos ou ao seu exercício (como será visto no Capítulo IV *infra*). Dessa maneira, parece-nos inadequada sua presença como um *pressuposto* ou *requisito* da *exceptio non adimpleti contractus*.

Consideramos, pois, o *vínculo sinalagmático*, o *descumprimento* e a *exigibilidade da obrigação do excepto* como efetivos requisitos para invocar-se a exceção de inadimplemento. O *vínculo sinalagmático* seria, por assim dizer, seu *pressuposto de aplicação*, aquele que determina o âmbito dos contratos em que a *exceptio* opera. Já o *descumprimento* e a *exigibilidade* consistiriam em *pressupostos lógicos* da exceção de inadimplemento – afinal, a oposição da *exceptio* só faz sentido diante de um *descumprimento* e só tem lugar quando a ordem de execução das prestações assim o admitir.

## 2.1. “Nos contratos bilaterais”: o vínculo de correspectividade

Destinada a *exceptio non adimpleti contractus* a suspender a exigibilidade de uma obrigação em virtude do *descumprimento* de outra obrigação, o primeiro requisito para opô-la deve ser a interdependência entre essas obrigações. É o que se depura do art. 476 do Código Civil, pelo qual, desfeita a elipse de sua parte final, se diz que “nenhum dos contratantes, antes de cumprida *a sua obrigação*, pode exigir o implemento *da [obrigação] do outro*”.

Essa específica interdependência entre obrigações, necessária a legitimar a recusa ao cumprimento, é comumente denominada *vínculo de correspectividade*, *vínculo sinalagmático*, ou simplesmente *sinalagma*. Sendo “uma ligação entre situações subjetivas [as obrigações]”,<sup>206</sup>, poder-se-ia também denominá-la *relação sinalagmática* ou *relação de correspectividade*.

A relação de correspectividade normalmente se estabelece entre as chamadas *obrigações principais* de um contrato – aquelas que, exercendo papel relevante no

---

<sup>206</sup> Trata-se do conceito de *relação jurídica* segundo Pietro Perlingieri, para quem a *obrigação* pode ser vista isoladamente como *situação subjetiva passiva correlata ao direito subjetivo*, “caracterizada pelo dever de executar uma determinada prestação patrimonial para a satisfação de um interesse mesmo não patrimonial do credor” (*O Direito Civil na legalidade constitucional*, cit.; o conceito de relação jurídica está na p. 734, e o de obrigações, na p. 695).

programa contratual, representam elementos essenciais da operação econômica. Diante dessa relevância, é natural que o predicado da “correspectividade” seja atribuído ao contrato como um todo, por derivação; daí porque se diz haver *contratos sinalagmáticos* quando, a rigor, a referência se dirige a *contratos em que as obrigações essenciais são sinalagmáticas*, ou correspectivas.

Esse vínculo de correspectividade pode se manifestar nos mais diferentes contratos. Está presente em inúmeros contratos típicos, como na compra e venda, em que “um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro” (art. 481), ou no contrato de locação, em que o Código Civil reconhece que a transferência de uso e gozo de coisa fungível se dá “*mediante certa retribuição*” (art. 565). Pode surgir ainda nos ditos contratos complexos, que mesclam características de diversos contratos típicos; em contratos atípicos; ou até mesmo entre contratos coligados, quando eles, embora estruturalmente separados, se dirijam funcionalmente a uma operação econômica única.

A identificação desse nexo de correspectividade é uma tarefa destinada ao intérprete. Não há fórmulas na lei, tampouco critérios rígidos que possam determinar se, em cada contrato celebrado, tais ou quais obrigações são correspectivas entre si. Será no procedimento de interpretação contratual que se buscará a identificação desse liame. Se a relação de interdependência entre as obrigações não tiver sido expressamente apontada pelos contratantes, ou não for de simples percepção, o intérprete deverá lançar mão dos recursos hermenêuticos fornecidos pelo Código Civil para averiguar se a declaração negocial como um todo não esclarece a existência e extensão desse liame, e, sendo insuficientes o texto e o contexto negociais, deverá fazer uso de mecanismos complementares e integrativos.

No estudo dos pressupostos da exceção de inadimplemento, tanto a redação do art. 476 do Código Civil como a experiência estrangeira podem desviar a atenção do intérprete; é comum o foco de autores e tribunais na *classificação do contrato como sinalagmático*, e não na *identificação do vínculo de correspectividade entre obrigações*. Como a regra tem início com a expressão “nos contratos bilaterais (...)”, é natural que se pense primeiro em definir *quais são tais contratos*, de modo a que, por exclusão, a *exceptio* seja vedada perante outras categorias, como a dos contratos unilaterais, a dos

contratos “bilaterais imperfeitos” ou a dos contratos plurilaterais<sup>207</sup>. Essa operação lógica não nos parece metodologicamente adequada, como veremos mais à frente.

Compreender a natureza, o conteúdo e a extensão da *relação de correspectividade* consiste, portanto, num passo decisivo para entender e aplicar corretamente a *exceptio non adimpleti contractus*.

### 2.1.1. A evolução dos conceitos de “contratos bilaterais” e “sinalagma”

O art. 476 do Código Civil, tal como o antigo art. 1.092 o fazia, parece condicionar seu campo de aplicação à categoria dos *contratos bilaterais*, classificação que, segundo o ensinamento tradicional, se opõe à dos *contratos unilaterais*. Pouco problematizada entre os estudiosos brasileiros, essa bipartição se destina substancialmente a diferenciar o modo de incidência da teoria dos riscos entre as duas classes e, principalmente, a reconhecer que os remédios sinalagmáticos – a exceção de inadimplemento e a resolução contratual – aplicar-se-iam somente aos bilaterais<sup>208</sup>.

É importante que não se confunda a classe dos contratos bilaterais com a dos *negócios jurídicos bilaterais*. O contrato, sintetiza ORLANDO GOMES, “é o negócio jurídico bilateral por excelência”<sup>209</sup>, pressupondo o encontro da vontade de ao menos dois centros de interesses (duas “partes”, como se costuma dizer). Mesmo a doação pura, exemplo maior de contrato unilateral, pressupõe duas manifestações de vontade: a do doador, que pratica a liberalidade, e a do donatário, que, se não for absolutamente incapaz, deve aceitá-la<sup>210</sup>.

<sup>207</sup> Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem de Álvaro Villaça Azevedo: “devemos admitir, como base do estabelecimento do conceito da *exceptio* (...) o preceituado no art. 1.092 de nosso CC, que *só a admite nos contratos bilaterais*” (“*Exceptio non adimpleti contractus* (Direito romano e direito civil)”, in Rubens Limongi França (coord.), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 34, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 408, grifos nossos). No mesmo sentido, já se disse que “a exceção do contrato não cumprido pode ser oposta exclusivamente nos contratos bilaterais” (Marcos Cavalcante de Oliveira, *Taxionomia contratual*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 82).

<sup>208</sup> Cf., por todos, Maria Helena Diniz: “Há certas vantagens práticas que decorrem dessa distinção, pois: 1º) a *exceptio inadimpleti contractus* e a cláusula resolutiva tácita somente se prendem ao contrato bilateral. (...) 2º) a teoria dos riscos só é aplicável ao contrato bilateral” (*Curso de direito civil brasileiro*, vol. 3, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 78-79).

<sup>209</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 84.

<sup>210</sup> É o que se extrai da interpretação conjunta dos arts. 539 e 543 do Código Civil. O primeiro dispõe que “[o] doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não

A *bilateralidade* de que se trata neste tópico não se confunde com a bilateralidade estrutural ínsita a qualquer contrato em sua *formação*. Aqui se refere aos *efeitos* do contrato, à circunstância de que o acordo produz *eficácia obrigacional* perante as partes contrapostas<sup>211</sup>. Justamente por conta dessa confusão terminológica se convencionou denominá-los *contratos sinalagmáticos* (isto é, nos quais se manifesta o sinalagma), expressão bastante utilizada na tradição jurídica brasileira, embora também passível de críticas<sup>212</sup>.

Nossa legislação nunca chegou a conceituar a categoria dos contratos bilaterais, diferentemente de alguns diplomas estrangeiros. O *Esboço* de Teixeira de Freitas, em seu art. 441, definia os contratos bilaterais da seguinte maneira: “[q]uando os *contratos* impuserem às duas partes obrigações recíprocas, terão a denominação de *contratos bilaterais* ou *sinalagmáticos*” (grifos do original) – tentativa não reproduzida na codificação projetada por Clovis Bevilacqua.

O Código Civil de 1916, a despeito de ter lançado mão do termo, não definiu os contratos bilaterais – e era natural que assim fosse, dado o ensinamento tradicional para evitar-se a definição de conceitos jurídicos pelo legislador<sup>213</sup>. Intitulou um capítulo de

for sujeita a encargo”. Já pelo segundo, “[s]e o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura”. Agostinho Alvim resume: “A doação, como contrato que é, não prescinde da aceitação do donatário, porque só então as partes se vinculam uma à outra” (*Da doação*, 3. ed., São Paulo; Saraiva, 1980, p. 40).

<sup>211</sup> Por todos, cf. João Franzen de Lima: “A expressão *contratos bilaterais* poderá parecer uma redundância e provocar certa confusão em nosso espírito, porque, quando estudamos a *formação* dos contratos, vimos que todo contrato exige, pelo menos, duas partes contratantes, em consentimento recíproco, de que resulta o acordo de vontades. (...) Quando, porém, estudamos a *classificação* dos contratos, lá encontramos, como categorias importantes, os chamados *contratos bilaterais*, em oposição aos contratos *unilaterais*, considerados pelos efeitos que produzem e caracterizam a sua natureza, e não pelos elementos de sua *formação*” (*Curso de direito civil brasileiro*, vol. 2, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 383, grifos do original).

<sup>212</sup> Segundo Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, “tal denominação deve ser banida da técnica jurídica. Ela vem do grego *sunallagma* que significa contrato. Do modo que, contrato sinalagmático deve ser entendido ‘contrato contratual’ – expressão que carece de sentido” (*Doutrina e prática das obrigações*, t. 2, 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938, pp. 329-330; a mesma anotação é apresentada por Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, Paris: Sirey, 1934, p. 409). Embora a crítica tenha fundamento, a expressão “contrato sinalagmático” foi universalmente aceita pela comunidade jurídica, sendo desnecessária a tentativa de abandoná-la, ainda que literalmente tautológica. Como sugere Alcides Mendonça Lima, “parece que, ao ser criado o conceito, houve a intenção de *dar ênfase à espécie*, isso é, o contrato apresenta-se como *verdadeiro contrato, com obrigações recíprocas entre as partes*, ao contrário do contrato unilateral, no qual apenas um dos sujeitos tem obrigação ou assume compromisso, sem que o outro nada se obrigue, nem se comprometa” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 6, t. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 265, grifos nossos).

<sup>213</sup> Lugar-comum em nossa cultura jurídica, a aversão às definições pelo legislador é objeto de instigante crítica de Pietro Perlingieri, para quem as definições não são somente oportunas, “mas necessárias, e não só para exprimir, em conformidade com a lógica aristotélica, o real conteúdo que a palavra definida

“Dos Contratos Bilaterais”, composto pelo art. 1.092, que previa a exceção de inadimplemento na primeira parte do *caput*<sup>214</sup>; a exceção de insegurança na segunda parte do *caput*<sup>215</sup>; e a resolução contratual por inadimplemento no parágrafo único<sup>216</sup>; além do art. 1.093, que disciplinava o distrato<sup>217</sup>. Os contratos bilaterais eram ainda mencionados nos arts. 1.057, sobre responsabilidade contratual<sup>218</sup>, e 1.317, II, sobre a irrevogabilidade do mandato<sup>219</sup>.

O Código Civil de 2002 praticamente abandonou a expressão “contratos bilaterais” ao espelhar a maioria desses artigos. A regra da responsabilidade contratual do art. 1.057 sequer foi reproduzida, absorvida pelo atual art. 927<sup>220</sup>. O atual art. 684, correspondente ao antigo art. 1.317, II, substituiu a expressão “contrato bilateral” por “negócio bilateral”<sup>221</sup>. Já o antigo capítulo “Dos Contratos Bilaterais” deixou de existir, e suas regras passaram a ser disciplinadas por diversos artigos específicos: o art. 472, a reger o distrato<sup>222</sup>; o art. 475, estipulando a resolução contratual<sup>223</sup>; o art. 476, sede da exceção de inadimplemento<sup>224</sup>; e o art. 477, que dispõe sobre a exceção de insegurança<sup>225</sup>. Todos compõem o capítulo “Da Extinção do Contrato” – o art. 472 sob

---

encerra em si, mas para indicar simplesmente o conjunto das regras que estabelecem o uso da palavra correspondente. (...) O recurso às definições é, em muitas hipóteses, insubstituível e, quase sempre, útil porque contribui a reduzir as margens de discricionariedade interpretativa” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*, cit., pp. 28-29).

<sup>214</sup> “Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

<sup>215</sup> “(...) 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 parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

<sup>216</sup> “Art. 1.092. (...) Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”.

<sup>217</sup> “Art. 1.093. O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato. Mas a quitação vale, qualquer que seja a sua forma”.

<sup>218</sup> Art. 1.057. Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa”.

<sup>219</sup> “Art. 1.317. É irrevogável o mandato: (...) II - nos casos, em geral, em que for condição de um contrato bilateral, ou meio de cumprir uma obrigação contratada, como é, nas letras e ordens, o mandato de pagá-las”.

<sup>220</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>221</sup> “Art. 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz”.

<sup>222</sup> “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

<sup>223</sup> “Art. 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”.

<sup>224</sup> “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

<sup>225</sup> “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra

a epígrafe “Do Distrato”, o art. 475 sob a epígrafe “Da Cláusula Resolutiva”, e os arts. 476 e 477 sob a epígrafe “Da Exceção de Contrato Não Cumprido”.

Das regras contratuais gerais, apenas o art. 476 manteve a expressão “contratos bilaterais”. O termo ainda pode ser encontrado no art. 994, § 3º, o qual, ao cuidar da sociedade em conta de participação, dispõe que “falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido”<sup>226</sup>.

A despeito da inexistência de conceituação legislativa, nossos autores e tribunais jamais chegaram a travar maiores debates acerca da noção dos contratos bilaterais. Desde antes da promulgação do Código Civil de 1916, tem sido comum a remissão a definições estrangeiras<sup>227</sup>, especialmente de autores franceses e italianos, que sabidamente exerceram considerável influência sobre civilistas brasileiros consagrados. No entanto, a evolução das experiências francesa e italiana sobre a matéria foi acompanhada por intensas reflexões sobre o conteúdo desse conceito, estimuladas por peculiaridades legislativas inexistentes no Brasil. Daí a relevância de averiguar-se seu desenvolvimento nessas duas escolas.

Já se disse que a estrutura inicial do Direito Romano não era favorável ao desenvolvimento da idéia de reciprocidade entre as obrigações, pela prevalência do respeito às solenidades em detrimento da relação dinâmica entre os contratantes. Isso justifica a inexistência de um conceito de “contrato bilateral” à época, dada a conhecida inclinação prática de seus protagonistas – afinal, sequer se conheciam os chamados remédios sinalagmáticos ínsitos a essa categoria.

---

recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

<sup>226</sup> A referência se dirige atualmente ao art. 117 da Lei nº 11.101, de 2005, que tem a seguinte redação: “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”. O termo “contratos bilaterais” também se encontra em diversos diplomas relacionados à comercialização de energia elétrica, dos quais é exemplo o art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.848, de 2004, pelo qual “a contratação regulada de que trata o *caput* deste artigo deverá ser formalizada por meio de *contratos bilaterais* denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR” (grifos nossos). Tanto nessa como nas outras ocasiões identificadas, a expressão refere-se à celebração de contratos de fornecimento de energia elétrica, em que, dada a natureza da relação contratual, é facilmente verificável a existência de obrigações recíprocas e interdependentes: o fornecimento de energia e o correspondente pagamento.

<sup>227</sup> Cf. por todos, Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, vol. 2, 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, pp. 329-333.

Somente ao longo da evolução da teoria do contrato, mais propriamente com as intervenções canônicas e da pós-glosa, é que se substituiu a noção de unilateralidade dos vínculos pela de reciprocidade obrigacional nascida do poder da vontade – ou *sinlagma*, para usar o termo mais do que conhecido. Com o desenvolvimento dos remédios sinalagmáticos surgiu então a necessidade de se definir dogmaticamente a específica categoria contratual sob a qual aqueles haveriam de incidir. E foi assim que o *Code* de 1804 consagrou legislativamente a distinção entre os *contratos bilaterais* e os *contratos unilaterais*, dedicando-lhes os arts. 1.102 e 1.103.

Como se disse, os contratos representam os negócios jurídicos bilaterais por excelência; logo, a tão-só existência de duas partes contrapostas seria incapaz de caracterizar um contrato como bilateral, sob pena de tautologia, pois todos os contratos eram (e são), quanto aos sujeitos, bilaterais. Isso fez com que a nota característica dessa categoria fosse buscada, não nos sujeitos, mas nas *obrigações*, donde surgiu a seguinte formulação: *seriam bilaterais os contratos em que as partes se obrigassem umas perante as outras*, orientação que prevaleceu na redação do art. 1.102 do Código Napoleão<sup>228</sup>: “[o] contrato é ‘sinalagmático’ ou ‘bilateral’ quando os contratantes se obrigam, reciprocamente, uns para com os outros”<sup>229</sup>.

A tônica do conceito era a *reciprocidade de obrigações*, a *existência* de obrigações para um e outro contratante – noção insuficiente, sobretudo diante da constatação de que alguns contratos comumente classificados como unilaterais poderiam, ainda que incidentalmente, gerar obrigações para a parte (supostamente) desobrigada. O exemplo clássico era o do contrato de depósito gratuito: muito embora, como ensinavam os manuais, apenas o depositário fosse sujeito passivo de obrigações (de restituir a coisa, de empregar cuidado e diligência na sua manutenção, de não servir-se dela etc.), fato é que o depositante poderia ter de ressarcir-lo pelos prejuízos e despesas havidos no desempenho de seu mister – o mesmo podendo ser dito a respeito do mandato gratuito, entre outros. Seriam estes contratos, então, bilaterais?

---

<sup>228</sup> O texto codificado espelha a lição de Pothier: “Os [contratos] sinalagmáticos ou bilaterais são aqueles pelos quais cada uma das partes se compromete para com a outra. Tais são os contratos de venda, de aluguel etc.” (*Tratado das obrigações*, Campinas: Servanda, 2002, p. 38).

<sup>229</sup> Utilizou-se a tradução do *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses* de Souza Diniz, cit., p. 177 – mesmo local onde se pode encontrar a seguinte versão do art. 1.103: “É ele [o contrato] ‘unilateral’ quando uma ou várias pessoas são obrigadas para com uma ou várias outras, sem que, da parte destas últimas, haja um compromisso”.



Receosos de afastarem-se do ensinamento tradicional, mas naturalmente incomodados com a plausibilidade de aqueles contratos serem enquadrados na moldura consolidada no art. 1.102, os autores franceses optaram em boa parte pela solução conciliadora de classificá-los como “bilaterais imperfeitos” (nem bilaterais, nem unilaterais)<sup>230</sup>. A dúvida permanecia, contudo: muito embora o cabimento de remédios sinalagmáticos fosse negado por parte considerável dos civilistas franceses do século XIX, como CHARLES AUBRY e FRÉDÉRIC CHARLES RAU<sup>231</sup>, alguns nomes de peso admitiam a oponibilidade da *exceptio* perante contratos bilaterais imperfeitos, como RENÉ CASSIN<sup>232</sup> e, posteriormente, os irmãos MAZEAUD<sup>233</sup>.

A construção, embora engenhosa, deixou clara a necessidade de algo além da existência de obrigações de parte a parte para dar o tom dos contratos bilaterais propriamente ditos. O próximo passo foi então o de atribuir à idéia de *dependência recíproca*, de *correspectividade* entre as obrigações<sup>234</sup>, o *quid* que faz um contrato ser bilateral, sinalagmático – o que também não ocorreu sem debates acadêmicos acerca do conteúdo da expressão. Numa das contribuições mais influentes entre as opiniões publicadas, HENRI CAPITANT, recorrendo à idéia de *causa da obrigação*, diz que esse nexos representaria “a *vontade* [de cada contratante] de obter a realização da prestação que lhe tenha sido prometida em troca”<sup>235</sup>, cuja execução deva ter sido prevista como

<sup>230</sup> A distinção já era proposta na obra de Pothier, fonte de inspiração do art. 1.102 do *Code*: “Entre os contratos sinalagmáticos ou bilaterais distinguem-se aqueles que o são de uma maneira imperfeita. (...) Os contratos sinalagmáticos imperfeitos são aqueles em que só a obrigação de uma das partes constitui a obrigação principal do contrato; são os contratos de mandato, de depósito, de empréstimo para uso, de amortização. Nesses contratos, a obrigação que o mandatário contrata, de prestar contas de sua incumbência, ou aquelas contratadas pelo depositário, pelo que toma emprestado (...) não são mais que obrigações incidentes, às quais dão lugar após o contrato” (*Tratado das obrigações*, Campinas: Servanda, 2002, pp. 38-39); no mesmo sentido, cf. Jean Charles Florent Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, in *Cours de Code Napoléon*, vol. 29, Paris: Durand & Pedone Lauriel, 1876, p. 20).

<sup>231</sup> Charles Aubry e Frédéric Charles Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 4. ed., Paris: LGDJ, 1871, pp. 286-287.

<sup>232</sup> René Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, cit., p. 453.

<sup>233</sup> Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, 2ª parte, vol. 3, Buenos Aires: Europa-America, 1978, p. 376.

<sup>234</sup> Embora os termos se aproximem, reciprocidade e correspectividade não se confundem. A qualidade “recíproca” é atribuída ao fato de *existirem* obrigações para ambas as partes; já a noção de “correspectividade” traduz a necessidade de que tais obrigações, *além de recíprocas*, sejam *interdependentes*. Luiz Roldão de Freitas Gomes sintetiza ao dizer que a correspectividade é um sinal “mais estreito do que a simples coexistência recíproca” (*Contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 59), expressão que já havia sido utilizada por Alberto Trabucchi (*Istituzioni di diritto civile*, 28. ed., Padova: CEDAM, 1986, p. 684).

<sup>235</sup> Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 43, grifos nossos.

“*elemento determinante da vontade do contratante*”<sup>236</sup>. Posteriormente logrou maior aceitação o entendimento de que prepondera na correspondência certa *equivalência* entre as obrigações – não sendo necessário, frise-se, que elas sejam *economicamente equivalentes*, sob o ponto de vista quantitativo; conforme pontua KARL LARENZ, “basta que cada parte veja na prestação da outra uma compensação suficiente à sua própria prestação”<sup>237</sup>.

Se na França o debate se deu em razão do texto insatisfatório do art. 1.102 do *Code*, na Itália o tema ganhou destaque a partir de uma mudança legislativa durante a recodificação. Segundo o art. 1.099 do Código Civil italiano de 1865, similar à regra do *Code*, “[o] contrato é bilateral quando os contraentes se obrigam reciprocamente uns perante os outros”, e os civilistas italianos, antes mesmo da edição do novo Código, já apontavam, tal como os franceses, a insuficiência do conceito<sup>238</sup>; era necessário mais do que a reciprocidade para qualificar os contratos sinalagmáticos: exigia-se a *correspondência*, um “*nexo de coligação ou interdependência*”<sup>239</sup>. Adotou-se então a concepção de *contratos com prestações correspondentes*, expressão utilizada em diversos artigos do Código Civil de 1942, com destaque para o art. 1.460, destinado à exceção de inadimplemento<sup>240</sup>.

Ainda assim não se encerraram as discussões acerca da matéria. Estudiosos relevantes, como FRANCESCO MESSINEO, opinaram no sentido de que a alteração promovida não trazia maiores diferenças substanciais, e que sua única função teria sido evitar a tautologia a respeito de todos os contratos serem, quanto aos sujeitos, bilaterais<sup>241</sup>. Mas, numa análise geral dos autores italianos, entende-se que a

<sup>236</sup> Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 279, grifos nossos. O cumprimento de um papel *determinante* na fixação da vontade contratual é apontada por Henri Capitant como critério a distinguir as obrigações *principais* das *acessórias*. Somente o descumprimento daquelas daria margem ao manuseio dos remédios sinalagmáticos, lidas à luz do *fin buscado pelas partes*, pois “não têm todas as obrigações assumidas por um [contratante] igual importância para outro”.

<sup>237</sup> Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, t. 1, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 267.

<sup>238</sup> Cf., por todos, Giuseppe Osti, “Contrato (Concetto, distinzioni)”, in Mariano D’Amelio (dir.), *Nuovo Digesto italiano*, vol. 4, Torino: UTET, 1938, p. 61.

<sup>239</sup> Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. 2, Milano: Giuffrè, 1946, p. 503.

<sup>240</sup> Inspirado na recodificação italiana, o legislador argentino introduziu o conceito de “contratos com prestações correspondentes” em 1968, ao promover a alteração do regime do pacto comissório. O problema é que se mantiveram referências a “contratos bilaterais” e a “contratos com prestações correspondentes” no mesmo texto, o que, considerando-se a parêntese de que a lei não se utiliza de palavras inúteis, suscitou entre a doutrina a sensação de que os conceitos poderiam, sim, ter escopos distintos. Nesse sentido, cf. José María Gastaldi e Esteban Centanaro, *Excepción de incumplimiento contractual*, cit., pp. 62-67.

<sup>241</sup> Francesco Messineo, *Dottrina generale del contratto*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1948, pp. 236-237.

substituição do conceito teria o propósito de esclarecer que o dito vínculo sinalagmático somente seria produzido em contratos nos quais surgissem para ambas as partes obrigações e direitos “a prestações recíprocas *coligadas entre si por uma relação de interdependência*”<sup>242</sup>, e não a partir da pura existência de obrigações de lado a lado<sup>243</sup>.

Pesem embora todas essas discussões acerca do tema na experiência estrangeira, a doutrina brasileira não chegou a introduzir entre nós a polêmica sobre conceito de contratos bilaterais, e nossa legislação passou longe de ajudar a defini-los.

No campo acadêmico, desde o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS basicamente reproduzem-se os conceitos então em voga entre os autores estrangeiros; ainda sob o paradigma do *Code*, seu art. 441 dizia que “[q]uando os *contratos* impuserem às duas partes obrigações recíprocas, terão a denominação de *contratos bilaterais* ou *sinalagmáticos*” (grifos do original). Segundo CLOVIS BEVILAQUA, a essência da bilateralidade estaria “na reciprocidade de prestações”<sup>244</sup>, enquanto para EDUARDO ESPÍNOLA o contrato seria bilateral “quando [produzisse] obrigações recíprocas para os contraentes”<sup>245</sup>.

Já conforme MANOEL IGNACIO CARVALHO DE MENDONÇA, em linha com a evolução conceitual ocorrida na Europa, “a exceção *non adimpleti contractus* é uma prova de que as obrigações *não são independentes*; que cada uma das partes subordinou os encargos que assumiu às vantagens que estipulou a seu favor, verdadeiras *dívidas conexas*, das quais uma é o equivalente da outra”<sup>246</sup>. Boa parte da geração seguinte de civilistas brasileiros passou, então, a considerar a *interdependência* como elemento da

---

<sup>242</sup> Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 28. ed., Padova: CEDAM, 1986, p. 684.

<sup>243</sup> Giovanni Persico vai além, sugerindo que cada utilização específica da expressão “contratos com prestações correspectivas” parece destinar-se a hipóteses distintas: para alguns artigos, seria equivalente a “contratos onerosos unilaterais”; para outros, a “contratos onerosos bilaterais” (Giovanni Persico, *L’eccezione di inadempimento*, cit., pp. 40-43). No caso do art. 1.460, que nos interessa mais de perto, o autor sustenta que a expressão teria o sentido de “contratos onerosos bilaterais”, a traduzir a *dependência recíproca entre as obrigações*.

<sup>244</sup> Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 2, 5. tiragem, ed. histórica, Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 208.

<sup>245</sup> Eduardo Espínola, *Sistema do direito civil brasileiro*, ed. histórica, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, pp. 538-539; a primeira edição da obra foi publicada em 1912 pela editora Francisco Alves.

<sup>246</sup> Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, vol. 2, 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, p. 334, grifos nossos.

bilateralidade – apesar de alguns, como CARVALHO SANTOS<sup>247</sup> e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO<sup>248</sup>, terem mantido o foco no elemento *reciprocidade*.

É assim que CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA conceitua os contratos bilaterais como aqueles em que “as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes”<sup>249</sup>; nessa categoria, para DARCY BESSONE<sup>250</sup> e SERPA LOPES<sup>251</sup>, “as obrigações devem ser principais e correlativas”. ORLANDO GOMES, por sua vez, destaca que “a essência dos contratos bilaterais é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações”<sup>252</sup>; enquanto SILVIO RODRIGUES diz haver-lhes “um elo a prender as obrigações dos contratantes”, em que o comportamento de cada contratante “se inspira na intenção de atingir um fim jurídico determinado”: obter a execução da contraprestação<sup>253</sup>.

Pode-se dizer que, segundo o entendimento hoje corrente no Brasil, os contratos bilaterais são considerados sinônimos de sinalagmáticos, a serem definidos como aqueles nos quais “se dá lugar a obrigações recíprocas e interdependentes para ambas as partes”<sup>254</sup>, de modo que o dever a ser cumprido por cada contratante encontra seu correspondente em outro pólo da relação contratual; ambos os contratantes são “simultaneamente credor e devedor um do outro”<sup>255</sup>.

Em contraposição, os *contratos unilaterais* seriam “aqueles em que uma só das partes assume obrigações em face da outra, como na doação, onde o doador, salvo nas onerosas, se encontra só e sempre vinculado”<sup>256</sup>. A única referência que o Código Civil de 1916 lhe fazia era para estabelecer a regra de que, na sua celebração, respondia “por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça” (art. 1.057). O Código Civil de 2002 abandonou o conceito, embora o art. 480 pareça tê-lo substituído pela expressão cunhada pelos italianos (“*contratto con obbligazioni di una sola parte*”, conforme o art. 1.468 do Código Civil italiano): admite

<sup>247</sup> João Manuel de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. 15, cit., p. 235.

<sup>248</sup> Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 5, t. 2, cit., p. 24 e p. 26.

<sup>249</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 67.

<sup>250</sup> Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, cit., p. 69.

<sup>251</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 3, cit., p. 52.

<sup>252</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 109.

<sup>253</sup> Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, cit., p. 76.

<sup>254</sup> Gustavo Tepedino *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 2, cit., p. 125.

<sup>255</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 67.

<sup>256</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. 3, cit., p. 52.

que a prestação “seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva” quando “no contrato as *obrigações couberem a apenas uma das partes*”.

É interessante notar que o conceito de bilateralidade não se confunde com o de *onerosidade*, e tampouco a noção de unilateralidade corresponde à de gratuidade. A qualidade *bilateral*, como dissemos, tem a ver com a *interdependência* entre obrigações recíprocas; já a *onerosidade*, a seu turno, liga-se à tão-só *existência* de sacrifícios jurídicos (“ônus”, em sentido amplo) para ambos os contratantes. Como anota CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “os contratos onerosos são comumente bilaterais, e os gratuitos da mesma forma unilaterais. Mas é apenas coincidência. O fundamento das classificações difere”<sup>257</sup>.

### 2.1.2. O vínculo de correspectividade: “*sinalagma*”

O *sinalagma* representa justamente aquele elo de interdependência recíproca entre as obrigações, o resultado de certas obrigações serem vislumbradas como o correspectivo de outras, seu contrapeso, sua “razão de ser”<sup>258</sup>.

É importante dizer que o termo *sinalagma*, embora consagrado, costuma receber diversas acepções. Ele não chegou a ser desconhecido de textos romanísticos, por exemplo. Há notícia de trechos em que ULPIANO atribui seu uso a LABEÃO<sup>259</sup> e

<sup>257</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 68.

<sup>258</sup> Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, cit., p. 75.

<sup>259</sup> Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes, o trecho teria a seguinte tradução para o português: “Labeão define no livro Primeiro do Pretor urbano, 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 estipulação, ou na entrega de quantidade; porém ‘contrato’ significa obrigação de uma e de outra parte, o que os gregos denominam de *sinalagma*, como a compra, venda, locação, arrendamento e sociedade; gestionado significa coisa feita com palavras” (*Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), cit., p. 229). Note-se que, conforme versão do mesmo trecho produzida em língua inglesa, *sinalagma* poderia ser traduzido como *agreement*: “Labeo, in the First Book On the Urban Praetor, defines the terms ‘to act’, ‘to transact’, and ‘to contract’, as follows. He says that the word act has a general application, and refers to anything which is done verbally, or with reference to the thing itself; for example, in stipulation or enumeration. A contract, however, has a broader meaning than that of an obligation, which the Greeks style an agreement, as, for instance, purchase, sale, hiring, leasing, partnership. The term ‘to transact’ signifies to do something without words” (Samuel Parsons Scott, *The civil law*, vol. 11, Cincinnati: The Central Trust Company, 1932, disponível em <http://www.constitution.org/sps/sps11.htm>, acesso em 25.05.2009). A passagem de Ulpiano está compilada no Digesto, Livro 50, Título 16, Fragmento 19, com a seguinte redação: “Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam ‘agantur’, quaedam ‘gerantur’, quaedam ‘contrahantur’: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione:

ARISTON<sup>260</sup>; todavia, não há unanimidade a respeito do sentido então empregado à palavra, e boa parte dos historiadores sustentam que *sinalagma* em tais ocasiões seria mero sinônimo de *contrato*, de *negócio vinculativo somente pelo consenso* – e não de *reciprocidade*, significado agregado posteriormente a partir de supostas interpolações que teriam inserido entre os dizeres de LABEÃO uma expressão que se tornaria clássica: *ultra citroque obligationem* (“obrigações de uma e de outra parte”)<sup>261</sup>.

Contemporaneamente, o vocábulo *sinalagma* continua a representar diversos significados. Fala-se em *sinalagma*, como aqui estamos a tratar, para designar o vínculo de corresponsabilidade que caracteriza uma específica categoria de contratos: aqueles em que há obrigações recíprocas e interdependentes (por isso mesmo, também chamados *contratos sinalagmáticos*). O termo ainda é por vezes adotado como sinônimo de *equilíbrio entre prestações*; diz-se, por exemplo, que tanto na lesão como no estado de

---

*contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam”.*

<sup>260</sup> Eis a tradução para o português, segundo Miguel Maria de Serpa Lopes, do trecho presente no Digesto, Livro 2, Título 14, Fragmento 7, § 2: “Mesmo se o negócio não se ajustar a um outro contrato nominado, nem por isso deixa de existir uma causa: Ariston respondeu elegantemente a Celso que existia uma obrigação quando por exemplo eu te dou uma coisa para que tu me dês uma outra ou para que tu faças alguma coisa; esta operação é um sinalagma e dela nasce uma ação civil; também eu creio que Mauriciano teve razão em censurar isto a Juliano: eu te dei Estico para que tu me libertasses Panfilo; tu o libertaste, depois foste evicto da propriedade de Estico; Julião disse que uma ação *in factum* deve ser concedida pelo pretor; Mauriciano diz que a ação civil ‘in certi’ é bastante, isto é a ação ‘praescriptis verbis’: existe com efeito um contrato que Ariston denomina *synallagma* do qual nasce esta ação” (*Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), cit., p. 231). Em inglês, tem-se a seguinte versão traduzida por Samuel Parsons Scott, em que o termo está grafado com “u”, em vez de “y” (*sunallagma*): “Where the matter has not been placed under the head of some special contract, then, as Aristo very properly stated to Celsus, an obligation exists; as, for instance, I gave you something with the understanding that you would give me something else; or I gave you something with the understanding that you would perform some act, and this is *sunallagma*, that is to say, a mutual agreement, and a civil obligation will arise therefrom. Therefore I am of the opinion that Julianus was very justly criticized by Mauricianus for his decision in the following case: ‘I gave you Stichus with the understanding that you should manumit Pamphilus; you manumitted him, but Stichus was evicted by another party.’ Julianus holds that an action *in factum* should be granted by the Praetor; but the former says that there is a civil action for an object which is uncertain, that is to say, one in prescribed terms, for there is a contract which Aristo calls *sunallagma*, and from this the action is derived” (*The civil law*, vol. 2, Cincinnati: The Central Trust Company, 1932, disponível em [http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/D2\\_Scott.htm#XIV](http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/D2_Scott.htm#XIV), acesso em 25.05.2009). No Digesto, em latim, lê-se: “*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo Sunallagma dicit, unde haec nascitur actio”.*

<sup>261</sup> Nesse sentido, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), cit., p. 230. Em sentido contrário, cf. Luis Renato Ferreira da Silva, *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*, Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Civil pela USP, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Junqueira de Azevedo, 2001, pp. 16-30.

perigo haveria “rompimento do sinalagma”<sup>262</sup> em função do desequilíbrio injustificado sofrido pela parte prejudicada. Chega-se mesmo a mencionar um suposto “princípio do sinalagma”, equivalente, segundo ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ao “princípio do equilíbrio econômico”, que levaria “à admissão, especialmente, de duas figuras, a lesão e a excessiva onerosidade”<sup>263</sup>.

O conceito ainda se submete a maiores aprimoramentos. Afirma-se que, para o manejo dos remédios sinalagmáticos, não basta a existência de corresponsividade entre as obrigações no momento de sua constituição – o chamado *sinalagma genético*, isto é, a previsão inicial no sentido de que determinadas obrigações são interdependentes, uma sendo a razão justificativa da outra. Mais do que isso, aduz-se que o sinalagma deve também se manifestar *durante a execução do contrato*, o que se consagrou denominar *sinalagma funcional* – ou seja, a necessidade de as obrigações serem “exercidas em paralelo (visto que a execução de cada uma delas constitui, na intenção dos contraentes, o pressuposto lógico do cumprimento da outra)”, a ressaltar “que todo o acidente ocorrido na vida de uma delas repercute necessariamente no ciclo vital da outra”<sup>264</sup>. Logo, para lançar-se mão da exceção de inadimplemento ou da resolução contratual, segundo o ensinamento corrente, a interdependência entre as prestações deve se manifestar na dinâmica da execução do contrato, e não apenas em sua criação.

Sob esse prisma, é bom dizer, sinalagma genético e sinalagma funcional não são fenômenos distintos. A nomenclatura apenas teria o propósito de destacar que a relação de interdependência deve ser *dinâmica*, ou seja, manifestar-se tanto na celebração do contrato quando durante sua execução. Daí porque RAFAEL VILLAR GAGLIARDI propõe, com elegância, a substituição das expressões “sinalagma genético” e “sinalagma funcional” pela consideração dos *aspectos genético e funcional do sinalagma*, de forma a destacar que o fenômeno é único, embora visto em momentos distintos<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Teresa Ancona Lopez, “O estado de perigo como defeito do negócio jurídico”, in *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n° 68, dez. 2002, p. 59.

<sup>263</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, “Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual”, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

<sup>264</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 397.

<sup>265</sup> Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 113-115.

Não nos parece necessário enveredar num esforço analítico para dar suporte ou rejeitar os diversos usos do termo sinalagma ou de suas subdivisões. Tampouco nos parece haver qualquer prejuízo em vislumbrar-se um “princípio do sinalagma” ou considerá-lo sinônimo de *equilíbrio* ou *equivalência entre prestações*. O importante, a nosso sentir, é compreender que, para aplicar-se a *exceptio non adimpleti contractus*, o específico elemento a ser buscado é a existência de um *vínculo de corresponsabilidade entre obrigações, que se mantenha ao longo da execução do contrato*.

Esse *vínculo* ou *nexo de corresponsabilidade* necessário à oponibilidade da exceção de inadimplemento, portanto, é uma *estipulação contratual*<sup>266</sup>, um *elemento de existência do contrato*<sup>267</sup>, que compõe o seu *conteúdo* e que pode ser extraído da declaração negocial produzida pelas partes. É, como se adiantou, o resultado de certas obrigações serem interdependentes, conexas, correlativas, conforme o desejo e a conduta dos contratantes<sup>268</sup>.

A corresponsabilidade pode se manifestar de diversas maneiras. A mais evidente é aquela verificada nos chamados *contratos de troca* ou *com função de câmbio*, conforme a conhecida classificação de FRANCESCO MESSINEO<sup>269</sup>, encampada entre nós por ORLANDO GOMES<sup>270</sup>, que se baseia na *função econômica* dos contratos. É o vínculo de corresponsabilidade presente em vários contratos bilaterais típicos – caso da compra e venda, da locação, da empreitada ou da prestação de serviços; segundo ANTONIO

<sup>266</sup> Nesse sentido, cf. Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”, separata de Antônio Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva (coord.), *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2008, p. 22.

<sup>267</sup> Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, “o acordo sobre o sinalagma funcional, nos contratos bilaterais” é exemplo de *elemento categorial essencial* ou *inderrogável* da categoria dos contratos sinalagmáticos (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 35-36). Ou seja, sem essa previsão contratual, não há contrato sinalagmático, mas outra categoria de negócio jurídico.

<sup>268</sup> Daí porque não nos parece haver maiores prejuízos ao se falar num *princípio do sinalagma* ou em atribuir ao termo o sinônimo de equilíbrio ou equivalência. Parece-nos, salvo melhor juízo, que todas as referências genéricas à idéia de sinalagma têm o propósito de sintetizar a coexistência de diferentes instrumentos que atuam sobre os efeitos específicos dessa estipulação negocial de interdependência. Os mecanismos de equilíbrio contratual, por exemplo, como a revisão por motivos imprevisíveis ou a resolução por excessiva onerosidade, estão naturalmente ligados à maneira (interdependente) como as obrigações de parte a parte se relacionam – que, no momento de sua celebração (o “sinalagma genético”) pressupunham certa equivalência subjetiva e objetiva, afetada por fatos supervenientes (ou seja, atingindo o “sinalagma funcional”). Em sentido semelhante, cf. Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”, cit., p. 22, nota de rodapé 60.

<sup>269</sup> Francesco Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 3, 9. ed., Milano: Giuffrè, 1959, pp. 698-700.

<sup>270</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, cit., pp. 103-108.



JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o “sinalagma dos contratos bilaterais é uma espécie de estrutura imanente ao contrato que liga prestação e contraprestação; ele estabelece um ‘programa’ para as partes, que é tanto mais evidente quanto mais prolongada no tempo for a sua execução”<sup>271</sup>.

Esse nexos ainda se manifesta em situações menos óbvias, como nos *contratos de prevenção de risco*, de que é maior exemplo o contrato de seguro, pelo qual “o segurador *se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados*” (art. 757, grifos nossos)<sup>272</sup>. Ainda de acordo com ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o sinalagma também poderia ser vislumbrado em outras estruturas contratuais que não somente os contratos de troca, estando presente sempre que houver um deslocamento patrimonial a justificar outro deslocamento patrimonial (fenômeno a que o professor paulista denomina *Kausa*, para não confundir com a dita *causa-função*). São suas palavras: “[n]os contratos de colaboração, ou ‘associativos’, o sinalagma é indireto, mas a causa continua presente: um sócio se obriga porque o outro também se obriga, ainda que seus interesses não sejam opostos – não há troca –, e haja escopo comum”<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido”, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 170.

<sup>272</sup> A corresponsividade entre pagamento do prêmio e cobertura securitária (que, na prática, se opera pela *desintegração do risco* entre o conjunto de segurados) é afirmada por Dennys Zimmermann, para quem o contrato de seguro apresenta “uma indevassável estrutura sinalagmática. O prêmio, afinal, é a própria medida – e o meio – para a prestação de desintegração [do risco] a cargo do Segurador” (“Seguro e seguro-garantia: qualificação e regime jurídico”, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela UERJ, sob a orientação da Professora Maria Celina Bodin de Moraes, 2006, p. 179). No entanto, é comum atribuir-se essa relação de interdependência ao pagamento do prêmio e o *pagamento da indenização securitária* quando da ocorrência do sinistro, como afirma Carlos Roberto Gonçalves: “[o] contrato de seguro é bilateral ou sinalagmático porque gera obrigações para ambas as partes: para o segurado, as de pagar o prêmio, não agravar o risco do contrato e cumprir as demais obrigações convencionadas; para o segurador, a de efetuar o pagamento da indenização prevista no contrato” (*Direito civil brasileiro*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 475).

<sup>273</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, “Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato”, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363. Durante aula proferida pela disciplina “Sete Idéias Novas para o Direito Civil”, ministrada durante o primeiro semestre de 2007 na Faculdade de Direito da USP, o professor sugeriu uma tentativa de classificação do sinalagma nos seguintes termos: haveria *sinalagma completo* nos contratos de troca (compra e venda, locação etc.); *sinalagma atenuado*, nos contratos associativos (sociedade, consórcio etc.); *sinalagma indireto*, nos contratos “gratuitos interessados” (como o estacionamento gratuito eventualmente disponibilizado em certos estabelecimentos

Aliás, é importante esclarecer que o *sinalagma* não se confunde com a idéia de *causa contratual*, independentemente do conteúdo – ou da utilidade – que se lhe queira atribuir<sup>274</sup>, embora ambas as figuras possam ter correlações. Tida a causa, entre autores brasileiros aproximados à metodologia adotada neste trabalho, como a *função* que o negócio tem a desempenhar, extraída da *síntese de seus efeitos essenciais*<sup>275</sup>, os conceitos se relacionam pelo fato de que os efeitos obrigacionais naturalmente se destacam na economia de qualquer contrato. A correspectividade entre as prestações contratuais representa, pois, elemento relevante para compreender e determinar quais são tais efeitos essenciais, sobretudo quando as obrigações em intercâmbio forem indispensáveis para a moldura contratual. Daí porque já se disse que o nexo de interdependência entre as obrigações coloca-se “como elemento indicador da função do contrato, na medida em que aponta entre quais prestações corre o nexo de sinalagmaticidade, permitindo, desta forma, que se identifiquem os efeitos essenciais em cada tipo”<sup>276</sup>.

### 2.1.3. O conteúdo do vínculo de correspectividade

Conforme adiantamos no início deste capítulo, o efetivo requisito para oposição da *exceptio non adimpleti contractus* é a existência do *vínculo de correspectividade* entre determinadas obrigações, e não a *classificação do contrato* como bilateral. É evidente, não se nega, que uma coisa potencialmente levará à outra. Manifestado o vínculo de correspectividade entre certas obrigações, sobretudo entre aquelas que exercem papel preponderante na economia contratual, haverá *sinalagma*, e, portanto, o

---

comerciais); e um *sinalagma complexo*, em determinados negócios visando à prevenção ou eliminação de litígios (como a transação, o negócio de acerto ou o compromisso arbitral).

<sup>274</sup> Aqui é inevitável o lugar-comum: o tema da causa dos contratos é por demais complexo para que seja objeto de nossa análise, diante dos estreitos limites deste trabalho. Sobre o tema, cf. Maria Celina Bodin de Moraes, “A causa dos contratos”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 21, jan./mar. 2005, pp. 95-119; Carlos Nelson Konder, *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 33-44; e Pablo Rentería, “Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato”, in Maria Celina Bodin de Moraes (coord.), *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 281-313. Em perspectiva ligeiramente distinta, cf. Luciano de Camargo Pentead, “Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros”, in *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 20, out./dez. 2004, pp. 235-265; e Joana Graeff Martins, *Uma abordagem acerca da causa contratual*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo, São Paulo, 2008.

<sup>275</sup> Por todos, cf. Maria Celina Bodin de Moraes, “A causa dos contratos”, cit., pp. 107-108.

<sup>276</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, “O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 309, jan./mar. 1990, p. 41.

contrato será *sinalagmático*, ou bilateral. No entanto, como o que se suspende em função do inadimplemento é a exigibilidade de *obrigações*, são sobre elas, as *obrigações*, que a *exceptio non adimpleti contractus* deve funcionar, e não sobre as classificações contratuais<sup>277</sup>.

Veja-se que a redação do art. 476 do Código Civil reconhece o estabelecimento do *vínculo entre obrigações* ao mencionar que nenhum dos contratantes, antes de cumprida *a sua obrigação*, pode exigir o implemento *da obrigação do outro*. A expressão “nos contratos bilaterais” simplesmente sugere uma decorrência lógica ao requisito das obrigações correspectivas: ou seja, o requisito não é a existência de contratos bilaterais, e sim a existência de *obrigações correspectivas*; a bilateralidade dos contratos representa então uma *conseqüência* de tal vínculo de correspectividade. Mas em que consiste o conteúdo do vínculo sinalagmático? Dito por outras palavras: quais seriam essas obrigações correspectivas?

Sabe-se que a obrigação – especialmente quando oriunda de relações contratuais sinalagmáticas – constitui uma relação jurídica complexa, isto é, uma relação jurídica que, apesar de unitária, comporta em si várias situações jurídicas singulares (deveres de prestação, deveres de conduta, interesses, expectativas legítimas etc.)<sup>278</sup>. Registre-se

---

<sup>277</sup> Eis porque não se pode concordar com precedente da 6ª Turma do STJ segundo o qual seria descabida a alegação da *exceptio non adimpleti contractus* perante “acordo firmado em audiência”, por supostamente não ter natureza contratual (STJ, 6ª Turma, Recurso Especial nº 191.502/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, v. u., j. 29.03.2000). Vale ressaltar que o Código Civil de 2002 passou a reconhecer expressamente a natureza *contratual* da transação, hoje integrando o Título “Das Várias Espécies de Contrato”.

<sup>278</sup> Mário Júlio de Almeida Costa sintetiza: “[A relação obrigacional], como qualquer outra relação jurídica, tanto pode ser *una* ou *simples* como *múltipla* ou *complexa*. No primeiro sentido, significa um só crédito e a respectiva dívida, ao passo que, na segunda acepção, representa um conjunto de vínculos emergentes do mesmo facto jurídico. Exemplifique-se com a compra e venda: a relação que se estabelece entre o vendedor e o comprador, a respeito do direito de exigir e do dever de entregar o preço, diz-se *una* ou *simples*; porém, será *complexa* ou *múltipla* a relação de compra e venda, enquanto abrange um conjunto de vínculos derivados desse contrato. Corresponde à orientação clássica, de fundo romanístico, a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Todavia, a doutrina moderna, sobretudo por mérito de autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo. Desse modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* –, os *deveres laterais* («Nebenpflichten»), além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ônus jurídicos*, *expectativas jurídicas* etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: *a relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*” (*Direito das obrigações*, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2006, pp. 73-74, grifos do original). Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber dão um passo adiante ao afirmar que “a incidência de deveres anexos – que são variados e variáveis de acordo com a relação em particular – torna qualquer obrigação objetivamente complexa, no sentido de que seu objeto passa a ser composto por

igualmente que a obrigação, como qualquer conceito jurídico, não basta em si mesma<sup>279</sup>, tendo sempre os olhos postos em uma finalidade concreta – que, nas relações contratuais correspectivas, é o atendimento dos interesses dos contratantes, credor e devedor um do outro, o que se dá mediante o adimplemento<sup>280</sup>.

Além disso, é importante ter em mente que, na atividade negocial contemporânea, muitos contratos escapam aos modelos jurídicos trazidos pelo Código Civil, sob os quais a teoria contratual clássica foi moldada. Atualmente é comum celebrarem-se contratos nos quais diversas obrigações convivem, algumas interligadas entre si e outras não. Tem sido corriqueiro também que diversos contratos sejam funcionalmente coligados, num fenômeno que se convencionou chamar de *contratos conexos* (cf. item 2.1.4.2 a seguir), havendo interdependência entre obrigações que sequer fazem parte de um mesmo instrumento contratual.

À luz dessas circunstâncias, embora não seja o caso de abandonarmos a consagrada visão de que os contratos bilaterais são ajustes em que há obrigações recíprocas e interdependentes, sendo a execução de uma a razão justificativa da outra, parece-nos de bom grado proceder-se a alguns apontamentos, de modo a esclarecer o *conteúdo* do vínculo de correspectividade.

Quando se classifica um contrato como bilateral ou sinalagmático, já se disse, incorre-se na metonímia de conceituar o todo pela parte, pois, a rigor, são *as obrigações*

---

inúmeros deveres (de cooperação, de informação, de sigilo) que se somam à prestação principal para compor o rico tecido de qualquer relação obrigacional” (*Direito das obrigações*, in Álvaro Villaça Azevedo (coord.), *Código Civil comentado*, vol. 4, São Paulo: Atlas, 2008, p. 20).

<sup>279</sup> Segundo Antunes Varela, “[a] obrigação não constitui um fim em si mesma. Ela é apenas um meio, um instrumento técnico-jurídico criado por lei ou predisposto pelas partes, para a satisfação de certo interesse. (...) O interesse do credor – assente na necessidade ou situação de carência de que ele é portador e na aptidão da prestação para satisfazer tal necessidade – é que define a função da obrigação. Função que consiste na satisfação do interesse concreto do credor, proporcionada através do sacrifício imposto pelo vínculo obrigacional” (*Das obrigações em geral*, vol. 1, cit., p. 158).

<sup>280</sup> Como bem diz Jorge Cesa Ferreira da Silva, “partindo-se da noção de obrigação complexa, o pagamento não se limitará [à realização da prestação]. Mais do que isso, haverá de verificar-se também a satisfação do conjunto de direitos e interesses decorrentes do vínculo, não limitados à troca de bens ou realização de serviços. Exatamente por isso, na recente reforma do Código Civil alemão – BGB – no tocante ao direito das obrigações, assentou-se legislativamente que a obrigação não envolve exclusivamente a prestação, mas também enseja, ‘conforme o seu conteúdo, o dever de respeito aos direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte’ (...). Em outras palavras, não se está aqui a tratar exclusivamente do ato de alguém destinado à extinção de um vínculo, mas um ato (ou conjunto de atos) que possui um conteúdo finalístico não voltado exclusivamente à satisfação de uma das partes e nem vinculado exclusivamente aos interesses prestacionais” (*Adimplemento e extinção das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40).

que guardam entre si o vínculo sinalagmático, bilateral, e não *o contrato*. É certo que, em função da relevância das obrigações interdependentes dentro do programa contratual, sobretudo daquelas tidas como *principais* ou *essenciais*, não parece haver maiores prejuízos em atribuir-se ao *contrato* uma qualidade ínsita aos seus elementos mais relevantes, suas obrigações. Daí porque KARL LARENZ sugere serem bilaterais aqueles contratos 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”<sup>281</sup>.

Todavia, a metonímia de considerar bilateral *o contrato* e manter a atenção sob essa classificação pode levar o intérprete ao equívoco de entender que *qualquer obrigação* estipulada em um contrato bilateral pode ser recusada quando a contraparte descumprir *qualquer obrigação* que lhe caiba. Não é esse, todavia, o espírito do instituto. Afinal, nem todas as obrigações presentes em um contrato sinalagmático são correspectivas entre si<sup>282</sup>. Exemplificativamente: num contrato de locação, a obrigação de o locatário pintar o imóvel quando de sua devolução não é correspectiva à cessão de uso e gozo pelo locador; esta última é contraposta à obrigação de pagar o aluguel.

Descumprida determinada obrigação, somente aquelas que lhe forem correspectivas poderão ser legitimamente recusadas pelo contratante fiel; se as obrigações não forem correspectivas, a *exceptio* não lhes será aplicável<sup>283</sup>. Dito de outra forma, num contrato em que coexistam várias obrigações, e em que nem todas sejam funcionalmente interligadas umas com as outras, somente aquelas que o sejam ensejarão o oferecimento da exceção de inadimplemento.

Assim, por exemplo, imagine-se a celebração de contrato em que um fabricante se comprometa a desenvolver e instalar determinado equipamento industrial de grande

---

<sup>281</sup> Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, t. 1, cit., p. 267, grifos nossos.

<sup>282</sup> Diz Pontes de Miranda, com a eloquência que lhe é típica: “A bilateralidade – prestação, contraprestação – (...) faz ser bilateral o contrato; mas o ser bilateral o contrato não implica que todas as dívidas e obrigações que dele se irradiam sejam bilaterais” (*Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 128).

<sup>283</sup> Eis porque a jurisprudência brasileira tem negado o recurso à *exceptio non adimpleti contractus* para justificar a suspensão do pagamento de cotas condominiais: na relação condominial inexistente *correspectividade*, mas comunhão de escopo. Alguns precedentes chegam mesmo a desconsiderar a natureza contratual da relação entre condôminos. Sobre o tema, cf. STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 195.450/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, v. u., j. 08.06.2004.

porte numa usina, serviço a ser desempenhado nas dependências da tomadora; suponha-se que, entre as diversas obrigações assumidas pelo fabricante no instrumento contratual, esteja uma cláusula (recorrente no meio empresarial) pela qual ele se declara como único responsável pelos encargos trabalhistas relativos às obras, obrigando-se a manter a usina a salvo de quaisquer reclamações possivelmente ajuizadas pelos operários destacados para realização do serviço. Em tais circunstâncias, não seria natural que essa obrigação fosse considerada *correspectiva* ao dever da usina de pagar pelo desenvolvimento e instalação do equipamento (a menos que dos termos e das circunstâncias contratuais se possa concluir em sentido contrário). Dito por outras palavras, em regra, a usina não estaria legitimada a suspender eventuais pagamentos periódicos pelos serviços apenas tendo por base um possível inadimplemento da obrigação de o fornecedor mantê-la indene; poderia fazê-lo, ao invés, se o serviço estivesse sendo mal prestado, se o fornecedor não estivesse cumprindo o cronograma contratual e assim por diante.

Nesse sentido, partindo-se para um exemplo concreto, já entendeu a 16ª Câmara Cível do TJRJ, em litígio envolvendo a cobrança de honorários profissionais de advogado contra seu ex-cliente, que “embora não se discuta que tivesse o [advogado], contratado, obrigação de comunicar de forma contínua e sistemática ao seu cliente, o que fora feito ou deixado de fazer, em contrapartida tal irregularidade desta comunicação não pode ser contemplada com o condão de desconstituir tanto o trabalho efetuado quanto o direito do [advogado] de haver a paga correspondente àquele”<sup>284</sup>.

Mas não é somente entre as obrigações “naturalmente correspectivas” que o vínculo de correspectividade pode se manifestar; ele pode ser percebido mesmo entre deveres que, numa primeira leitura, não pareçam interdependentes, desde que a vontade das partes ou a lógica do negócio, globalmente considerado, assim o demonstrem<sup>285</sup>.

É o que ocorre, por exemplo, na relação contratual que envolve um lojista e o administrador de um *shopping center*, conforme casos julgados pelo STJ. Na disputa que originou o Recurso Especial nº 152.497, relatado pelo Min. RUY ROSADO DE

---

<sup>284</sup> TJRJ, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.001.29005, Rel. Des. Pedro Freire Raguene, v. u., j. 01.08.2006.

<sup>285</sup> Consoante a lição de Pontes de Miranda, “não é mister (...) a equivalência segundo critério objetivo das prestações; o que importa é que cada um tenha a prestação do outro figurante como equivalente à sua” (*Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 127).

AGUIAR<sup>286</sup>, em resumo, Jafet Tommasi Sayeg Engenharia e Empreendimentos Imobiliários Ltda. ajuizara execução de título extrajudicial contra Durvalino da Silva Maciel e outros, alegando que os réus estavam inadimplentes quanto às prestações financeiras devidas em razão do contrato celebrado para que estes pudessem instalar loja no empreendimento administrado pelo exeqüente. Em seus embargos, os executados alegaram que a dívida era inexigível, já que o administrador não cumprira seu dever de angariar “lojas âncoras” ao empreendimento, o que legitimaria a suspensão dos pagamentos.

Em seu voto, o relator asseverou que “apesar de sua complexidade, nem por isso [o negócio jurídico de *shopping center*] perde a unidade, especialmente considerando-se que tudo é contratado tendo em vista uma única finalidade principal, que é a instalação de uma loja no recinto do *shopping*, estabelecimento comercial que tem características próprias”. Conforme suas palavras, “se o empreendedor não cumpre com a promessa – expressa ou implícita, porque inerente ao negócio – de destinar um dos espaços para a instalação de loja âncora, *fator determinante do negócio e da própria escolha do local*, não há como deixar de considerar a regra do art. 1092 do CC” (grifos nossos). O voto ainda esclareceu que o lojista não estava obrigado a pleitear a resolução do contrato em razão do inadimplemento, pois ainda podia lhe haver “interesse em continuar com o seu estabelecimento”, pelo que “[o] uso da *exceptio non adimpleti contractus* ou da *exceptio non rite adimpleti contractus* era perfeitamente cabível”. Ou seja, muito embora o lojista tivesse recebido sua unidade comercial em perfeito estado, podendo dela fazer uso e gozo, permitiu-se-lhe suspender o pagamento das prestações mensais porque outra obrigação do administrador (a de instalar “loja âncora”) não havia sido cumprida, e, diante da complexidade do negócio, entendeu-se que esse dever compunha o vínculo de correspectividade a unir as partes.

No litígio que deu origem ao Recurso Especial nº 764.901, relatado pela Min. NANCY ANDRIGHI, Angramar Administradora e Incorporadora de Bens Ltda. ajuizara ação resolutória de promessa de compra e venda, cumulada com reintegração de posse, contra Graciela Lucila Tuimil Cortes de Silberberg, sob o fundamento de que a ré não havia pago o preço total ajustado para a aquisição de loja localizada no *shopping center* administrado pela autora. A controvérsia, como resumida pela relatora, cingia-se “em

---

<sup>286</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 152.497/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v. u., j. 15.08.2002.

saber se o lojista pode ou não deixar de efetuar o pagamento total do preço do contrato (...) sob o fundamento de inadimplemento do incorporador-administrador, de obrigação consistente em cláusula de exclusividade de venda de determinado produto pelo lojista”.

O voto condutor, analisando o conteúdo do negócio, concluiu que “um dos fatores primordiais, decisivos, que leva um lojista a optar por instalar-se num determinado *shopping center* é a concorrência não-predatória que ele terá na comercialização dos seus produtos. Essa característica é, portanto, um dos *elementos essenciais* da coisa (loja) objeto do contrato firmado”. À luz dessa essencialidade e da prova dos autos, pela qual se via que o administrador permitira a outra loja vender o mesmo produto de que a ré havia logrado exclusividade na comercialização, entendeu-se haver inadimplemento contratual, “razão pela qual [a lojista] poderia invocar a exceção de contrato não cumprido (...) para deixar de pagar a integralidade do preço contratual (...), não [passando] de sofisma a alegação [da administradora] de que não seria hipótese de exceção de contrato não cumprido, porquanto ela teria cumprido ‘a obrigação principal constante do contrato’, ‘qual seja, a entrega da loja’”. A *exceptio* serviu, então, para negar o pedido resolutório, e uma obrigação de conduta (garantir exclusividade) foi considerada integrante do conteúdo global da relação obrigacional correspectiva que unia investidor e empreendedor.

À luz desse panorama, tem-se que o pressuposto da *exceptio non adimpleti contractus* é a existência de *obrigações correspectivas entre si*, funcionalmente interdependentes e destinadas ao atendimento das finalidades visadas pelos contratantes – e, *como consequência*, seu campo de aplicação será o dos contratos em que tais obrigações se manifestarem. O conceito de obrigação a adotar-se, frise-se, não pode ser aquele romanístico de dever prestacional contraposto a direito subjetivo. Em vez disso, as obrigações devem ser visualizadas com todos os elementos que as compõem: deveres de prestação, deveres de conduta, direitos subjetivos e potestativos, interesses, expectativas, pretensões, ônus, faculdades etc., cujo conteúdo variará de acordo com cada negócio jurídico concretamente celebrado; ademais, especialmente nas relações duradouras, as obrigações devem ser compreendidas como um processo contínuo, que se prolonga no tempo.



#### 2.1.4. A identificação do vínculo de corresponsividade

Compreendida a obrigação como algo complexo, contínuo, e, mais do que isso, destinado ao atendimento de um escopo, a identificação pelo intérprete de quais obrigações são corresponsivas entre si deve escapar ao raciocínio tradicional dos elementos essenciais, em prol de uma percepção concreta, caso a caso, baseada na atenciosa interpretação da declaração negocial produzida pelos contratantes. Afasta-se, dessa maneira, uma identificação puramente abstrata de qual obrigação é contraposta a outra, que tome como parâmetro único os *essentialia negotii* fornecidos pelo legislador.

Significa dizer que, para se saber quais obrigações se interligam funcionalmente, quais deveres se encontram vinculados ao atendimento dos objetivos das partes, é demandada uma atenciosa atividade interpretativa para, a partir de cada declaração negocial concreta, compreender o que os contratantes consideraram interdependentes entre si – valendo lembrar que tal interpretação deve considerar tanto o texto como o contexto, isto é, cláusulas contratuais e comportamentos concludentes, o negócio e as circunstâncias que o cercam, a partir dos balizamentos trazidos pelos arts. 112 e 113 do Código Civil<sup>287</sup>.

A utilização de exemplos nos ajuda a esclarecer o ponto. Pensemos no contrato sinalagmático por excelência, a compra e venda, cuja essência encontra-se definida pelo art. 481 do Código Civil: “um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa

---

<sup>287</sup> O exame da interpretação contratual como um procedimento dúplice, regido no Código Civil de 2002 a partir dos arts. 112 e 113, é objeto do trabalho de Francisco Paulo De Crescenzo Marino, *Interpretação do negócio jurídico: panorama geral e atuação do princípio da conservação*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela USP, sob orientação do Professor Doutor João Alberto Schützer Del Nero, 2001, com destaque para as pp. 104-230. Esse procedimento pode ser sintetizado a partir das seguintes conclusões: “No processo de investigação do conteúdo do negócio jurídico, inicialmente o intérprete procura fixar o conteúdo da declaração negocial ou das declarações negociais constitutivas do negócio jurídico. Todavia, pode ele deparar-se – e isso ocorre freqüentemente – com diversas deficiências da declaração negocial. (...) Tendo em vista tal realidade, é possível bipartir o processo hermenêutico, ainda que para fins predominantemente didáticos, em dois momentos interpretativos: momento meramente cognitivo e momento complementar. No momento meramente cognitivo, busca-se reconhecer aquilo que foi efetivamente declarado, ou, em outros termos, o sentido efetivamente atribuído à declaração pela parte ou pelas partes do negócio jurídico. No momento complementar, a seu turno, o intérprete (quando necessário) procura corrigir a ambigüidade da declaração negocial, esclarecer sua obscuridade ou preencher sua lacuna” (p. 255). O momento cognitivo seria regido pelo art. 112 do Código Civil, enquanto o momento complementar seria objeto do art. 113.

coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”<sup>288</sup>. A lição tradicional ensina que estas obrigações, transferência de propriedade e pagamento do preço, são as obrigações correspectivas entre si em qualquer compra e venda realizada – tenha como objetivo a aquisição de um automóvel usado ou a alienação das ações representativas do bloco de controle de uma companhia aberta. Todo o resto – como a prestação de garantias, a obtenção de licenças administrativas ou a proteção ao patrimônio do comprador – seria considerado acessório às ditas obrigações principais.

Mas o fato é que, pela autonomia privada, cada compra e venda concretamente celebrada pode ter características próprias, agregando elementos outros àquelas duas obrigações. No jogo de barganha natural às contratações, é comum que deveres supostamente acessórios assumam relevância incalculável: a obtenção de uma garantia, a liberação de um aval, a contratação de um seguro, a prestação de informações, a assessoria técnica especializada, o respeito à exclusividade, a transferência rápida de posse ou a manutenção de um alto nível de confiança e confidencialidade entre as partes podem representar aspectos diretamente relacionados à transferência do domínio ou influir decisivamente na composição do preço.

Parece-nos, portanto, que situações dessa natureza têm potencial para, se a conduta e a vontade das partes assim o demonstrarem, serem tão interdependentes entre si, tão vinculadas umas com as outras, como o são as obrigações principais clássicas – ou, melhor dizendo, até mesmo para integrarem o *conteúdo* de tais obrigações principais, conforme as circunstâncias. Como RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR já teve a oportunidade de anotar, “a bilateralidade se estabelece tendo em vista o conjunto do contrato, com as obrigações principais e as acessórias. Em certo momento, uma prestação acessória pode ser mais importante que a principal”<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> Estes são os “elementos essenciais” da compra e venda, conforme o ensinamento tradicional. Para os autores que adotam o conceito de *causa contractual*, eles representariam seus *efeitos essenciais* – ou seja, as obrigações de transferir propriedade e pagar preço formariam a *causa abstracta* da compra e venda, considerada pelo legislador para atribuir as características principais do negócio e conferir-lhe legitimidade e balizas jurídicas. A *causa concreta*, por sua vez, manifestar-se-ia quando um negócio concretamente celebrado espelhasse aqueles efeitos essenciais abstratos.

<sup>289</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 156.900/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. u., j. 21.10.1999. Vale ressaltar que o trecho citado fez parte de comentário incidental do Min. Ruy Rosado, mas não influenciou na decisão em si, que, por questões de admissibilidade, não adentrou no exame das obrigações contrapostas.

Diversos mecanismos servem para identificar a correspectividade entre determinadas obrigações. O primeiro deles é a própria redação do contrato, ponto de partida para qualquer interpretação negocial, à luz do art. 112 do Código Civil. Essa identificação se torna mais simples quando o estilo de redação contratual adotado indica numa cláusula o que compete a cada contratante, quais são as principais obrigações do contrato, mediante a descrição em subcláusulas; a correspectividade se torna evidente, por exemplo, quando as partes declaradamente expressam que uma prestação é realizada “em contrapartida” a outra. Mais difícil, a seu turno, é a missão do intérprete quando está diante de instrumentos contratuais que optam por listar os “direitos de um contratante” em uma cláusula, as suas “obrigações” em outra, e, em outras duas cláusulas separadas, os “direitos” e as “obrigações” da contraparte.

A expressa previsão contratual de que o descumprimento de determinadas obrigações poderá acarretar a resolução do contrato é outro importante demonstrativo de que aquela obrigação é tida como essencial entre as partes – afinal, se tal inadimplência pode levar à extrema solução de extinguir o contrato, é porque a obrigação há de ser relevante<sup>290</sup>. Já a previsão de conseqüências jurídicas específicas, expressamente excludentes de outras, pode ser um indicativo de que as obrigações não são interdependentes<sup>291</sup>.

Outros importantes indicativos são os eventuais mecanismos previstos pelas partes para a execução do contrato; se determinadas faculdades contratuais ficam sob a dependência de que a contraparte pratique essa ou aquela conduta, é sinal de que pode haver correspectividade entre as obrigações em jogo. É o que costuma ocorrer, por exemplo, quando se estipula em promessa de compra e venda que determinado saldo final somente será pago pelos adquirentes após os alienantes adimplirem obrigação de liberar hipotecas ou penhoras que gravem a coisa; mecanismos dessa natureza atestam que o dever de proceder à baixa nas garantias pode compor o nexo de correspectividade a ligar as partes<sup>292</sup>. Conforme ARNOLDO WALD já teve a oportunidade de apontar em parecer, critério igualmente capaz de demonstrar a correspectividade é “o vencimento

---

<sup>290</sup> Nesse sentido, cf. Maria Celina Bodin de Moraes, “O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro”, cit., p. 41.

<sup>291</sup> Cf., nesse sentido, o precedente a que se refere a nota de rodapé 303 a seguir.

<sup>292</sup> Nesse sentido, cf. TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.21939, Rel. Des. Odete Knaac de Souza, v. u., j. 06.09.2005.

simultâneo, rigorosamente na mesma data, de créditos e débitos de parte a parte em valores idênticos”<sup>293</sup>.

Também as negociações preliminares e o comportamento dos contratantes podem ser de grande valia nesse procedimento de identificação do vínculo de corresponsabilidade. A troca de correspondências ou minutas entre as partes, em que uma delas tenha sido intransigente quanto à necessidade de que certa cláusula fosse incluída no negócio para que uma obrigação fosse aceita, pode também demonstrar a corresponsabilidade entre tais situações jurídicas.

Nesse sentido, SILVIO RODRIGUES, em parecer oferecido em 1986, nos traz interessante exemplo para demonstrar o esforço interpretativo de identificação do nexo de corresponsabilidade<sup>294</sup>. Cuidava-se de litígio envolvendo a reestruturação societária de um complexo grupo de sociedades familiar; segundo o relato do parecerista, após a operação, parte da família ficaria com o controle de companhia denominada Destilaria N. A. (“Denasa”), enquanto os demais membros se tornariam controladores das sociedades M. A. S/A Pastoril e Agrícola (“Masapa”) e Xavante A. Ltda. (“Xavante”). Para proceder à troca de participações societárias, a Denasa adquiriu da Xavante determinada área de terra, pagando o preço mediante a assunção de obrigações de responsabilidade da alienante e de seus acionistas. No instrumento contratual que regia essa operação, constavam duas cláusulas objeto da divergência: a cláusula 5.3, pela qual a Denasa assumia a obrigação de resgatar dois débitos de responsabilidade da Masapa perante instituições financeiras; e a cláusula 8, *d*, na qual se estipulou que a Masapa substituiria todas as garantias prestadas pela Denasa com respeito àquelas dívidas, liberando a Denasa e seus acionistas de sua responsabilidade por débitos da Masapa. A disputa surgiu pelo fato de que a Denasa somente quitou as dívidas assumidas muito após a assinatura do contrato, pelo que a Masapa, que permanecia vinculada perante os bancos credores, teve de arcar com juros que lhe causaram considerável acréscimo à dívida; a Masapa então ajuizou ação para cobrar da Denasa essa diferença entre os juros

---

<sup>293</sup> Arnoldo Wald, “A cessão de posição no mercado financeiro e a insolvência do cessionário – Da compensação legal nos negócios jurídicos bilaterais e da exceção do contrato não cumprido”, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 67, jan./mar. 1994, p. 91.

<sup>294</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato bilateral. (...) Exceção do contrato não cumprido. (...) Interpretação dos contratos. (...) Enriquecimento sem causa. (...)”, in *Direito civil aplicado*, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 137-147.

pagos aos bancos e o valor da dívida assumida no contrato. A defesa da Denasa consistia na *exceptio non adimpleti contractus*: no seu entendimento, enquanto a Masapa não cumprisse a obrigação contratual de liberar as garantias (que ainda gravavam os bens da Denasa e oneravam seus acionistas), não lhe poderia ser exigida a liquidação das dívidas com as instituições financeiras<sup>295</sup>.

Como se vê, o cerne do litígio estava em compreender se a liberação das garantias era uma condição *sine qua non* para a liquidação das dívidas assumidas – por outras palavras, se ambas as obrigações eram *correspectivas*, se havia entre elas o *nexo de correspectividade* capaz de legitimar a suspensão da execução de uma enquanto perdurasse o inadimplemento da outra. Era necessário, ainda, compreender se havia uma ordem de precedência entre uma e outra. Em primeira instância, o Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de São Paulo julgou procedente o pedido da Masapa, entendendo “inaplicável o princípio da ‘exceptio non adimpleti contractus’, por serem sucessivas, e não simultâneas, as obrigações assumidas objeto desta lide, cláusula 5.3 (antecedente), cláusula 8, letra ‘d’ (subseqüente), como suas respectivas ordens numéricas o ratificam”<sup>296</sup>. Ou seja, para o julgador singular, a ordem numérica das cláusulas foi o critério determinante para definir que primeiro a Denasa deveria liquidar as dívidas assumidas, para depois exigir a liberação das garantias.

SILVIO RODRIGUES passa, então, a empreender um esforço interpretativo dos fatos e das cláusulas contratuais, para demonstrar que “a obrigação assumida pela Denasa, de resgatar a dívida da Masapa (...) estava condicionada à execução da obrigação por esta assumida, de liberar os acionistas daquela empresa (...) pelos avais por estes firmados”<sup>297</sup>. Argumenta, sob o plano fático, que, “para obterem o numerário para resgatar aquele débito elevadíssimo, precisavam a Denasa e seus acionistas levantar financiamentos (...) [que só lhes seriam] ordinariamente concedidos após serem liberados dos avais anteriores”<sup>298</sup>. Acresce ainda que tanto a Denasa como seus acionistas desde a celebração do negócio enviaram diversas correspondências às

<sup>295</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato bilateral. (...) Exceção do contrato não cumprido. (...) Interpretação dos contratos. (...) Enriquecimento sem causa. (...)”, cit., pp. 138-139.

<sup>296</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato bilateral. (...) Exceção do contrato não cumprido. (...) Interpretação dos contratos. (...) Enriquecimento sem causa. (...)”, cit., p. 140.

<sup>297</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato bilateral. (...) Exceção do contrato não cumprido. (...) Interpretação dos contratos. (...) Enriquecimento sem causa. (...)”, cit., p. 143.

<sup>298</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato bilateral. (...) Exceção do contrato não cumprido. (...) Interpretação dos contratos. (...) Enriquecimento sem causa. (...)”, cit., p. 144.

contrapartes para que os liberassem tão logo dos avais, como forma de demonstrar a precedência daquela obrigação, tomando o comportamento das partes como critério interpretativo do contrato<sup>299</sup>. E arremata, por fim, com a própria redação da cláusula 8, *d*, que considerava a substituição das garantias como uma “condição essencial do contrato”<sup>300</sup>. Assim concluiu o professor paulista: “não podia a Masapa exigir da Denasa a execução da obrigação por esta assumida (pagar os Bancos), antes de haver cumprido a sua obrigação de liberá-la dos avais. Portanto, a recusa da Denasa de efetuar citado pagamento era da mais rigorosa juridicidade”<sup>301</sup>.

O esforço de SILVIO RODRIGUES – independentemente do acerto de suas conclusões – nos é útil por vários motivos. Primeiramente, mostra que a relação de correspectividade não ocorre apenas entre prestações estrutural e economicamente vinculadas entre si (*pagamento do preço e transferência de propriedade*, por exemplo, na compra e venda), mas também pode se dar entre deveres contratuais outros, como a assunção de uma dívida e a liberação de uma garantia. Remete-nos, ainda, para a importância do procedimento de interpretação do contrato, considerando-se o texto e o contexto negociais: o parecerista não só cotejou as cláusulas contratuais como trouxe à tona o comportamento das partes (ao argumentar com a troca de correspondências) e a própria lógica econômica da operação (ao dizer que não faria sentido exigir a liquidação de considerável dívida em dinheiro enquanto os assutores permaneciam onerados com garantias que certamente lhes dificultariam a obtenção de novos créditos).

Em precedente analisado pela 17ª Câmara Cível do TJRJ, o procedimento interpretativo chegou a resultado diverso – isto é, entendeu-se que *não havia interdependência* entre determinadas obrigações contratuais. Tratava-se de litígio entre Posto de Gasolina Presidente Ltda. e Petrobrás Distribuidora S.A., em que ambas as partes pretendiam a extinção da relação contratual que as vinculava, uma imputando inadimplência à outra. De acordo com a cláusula 1.1 do instrumento contratual, o posto era obrigado a adquirir, no prazo de sete anos, quantitativo mínimo de produtos produzidos pela distribuidora; caso o prazo não fosse suficiente, esse período seria

---

<sup>299</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato bilateral. (...) Exceção do contrato não cumprido. (...) Interpretação dos contratos. (...) Enriquecimento sem causa. (...)”, cit., pp. 144-145.

<sup>300</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato bilateral. (...) Exceção do contrato não cumprido. (...) Interpretação dos contratos. (...) Enriquecimento sem causa. (...)”, cit., p. 146.

<sup>301</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato bilateral. (...) Exceção do contrato não cumprido. (...) Interpretação dos contratos. (...) Enriquecimento sem causa. (...)”, cit., p. 146.

automaticamente prorrogado até que se atingisse o piso estabelecido. De outra parte, a cláusula 3.1 previa que, se o posto mantivesse determinada média trimestral de aquisição de derivados de petróleo, seria ele legitimado a receber, em mútuo, nova quantidade de produtos; essa “promessa de mútuo” seria conversível em doação caso o contrato, quando da extinção de seu prazo, restasse plenamente cumprido pelo posto. Em resumo: o posto tinha uma meta global de produtos a serem adquiridos no prazo total do contrato; atingida determinada média trimestral, faria jus a uma quantidade de produtos, em mútuo; se o contrato fosse integralmente cumprido, não lhe seria exigida a restituição desse empréstimo.

O posto pretendia a resolução do contrato tendo em vista que, apesar de atingir as médias trimestrais fixadas, não lhe vinham sendo cumpridas as promessas de mútuo, o que foi considerado pelo tribunal como um *inadimplemento* por parte da Petrobrás. A distribuidora, a seu turno, alegava que o posto não estava em dia com suas obrigações contratuais, pois não estava preenchendo as metas globais estabelecidas na cláusula 1.1, o que justificaria sua recusa a conceder produtos em mútuo. O voto da relatora, procedendo à interpretação contratual, registrou que “[a] exceção de contrato não cumprido sustentada (...) não [merecia] acolhida, pois não [havia] qualquer referência na cláusula noticiada (3.1) no sentido de restar afastado o pactuado, em caso de não aquisição pelo posto dos produtos na quantidade mínima indicada na cláusula 1.1, pois, como disposto nas cláusulas 3.4, a falta de cumprimento de qualquer das cláusulas contratuais traria, apenas, em relação ao mútuo, o impedimento de sua conversão em doação”. Com isso se concluiu não estar presente “correlação ou interdependência entre as prestações invocadas pela [Petrobrás] a conduzir ao acolhimento da exceção levantada”<sup>302</sup>.

Em suma, é inviável estabelecerem-se critérios rígidos para identificação do nexos correspectivo. Cada contrato terá sua própria lógica econômica, seu histórico de tratativas, e o intérprete, diante do negócio e de suas circunstâncias, deverá perceber como se manifesta o vínculo de interdependência entre as obrigações recíprocas, qual é o seu conteúdo e extensão.

---

<sup>302</sup> TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2000.001.05405, Rel. Des. Maria Inês da Penha Gaspar, v. u., j. 24.05.2000.

Essa constatação, aliás, é o que justifica que casos aparentemente similares tenham solução por vezes díspares na jurisprudência brasileira, como a falta de determinadas diligências burocráticas para proceder à perfeita execução de um contrato. Veja-se o caso de pendência ou ausência de providências administrativas, como a obtenção do “habite-se” ou recolhimento do IPTU, nas transferências imobiliárias. Há precedentes no sentido de que “o fato de os promitentes compradores estarem residindo no imóvel não ilide a mora do promitente vendedor, uma vez que, até a regularização perante as autoridades administrativas, a ocupação será precária e irregular, (...) [sendo cabível] a exceção de contrato não cumprido (...), de modo que não pode a promitente vendedora exigir a prestação dos promitentes compradores antes de cumprir a contento suas próprias obrigações”<sup>303</sup>. De outra parte, há decisões segundo as quais, mesmo na ausência do recolhimento de tributos relativos ao imóvel, “não há que se falar em aplicação do artigo 476, do CC/06 (...), pois restou demonstrado que o primeiro Réu já estava realizando obras no imóvel, o que demonstra que os Autores cumpriram devidamente a sua obrigação contida no contrato de imiti-los na posse do imóvel”<sup>304</sup>.

Em vez de mera incoerência judicial, a disparidade entre decisões dessa natureza demonstra que o atendimento às exigências administrativas nem sempre será tido como essencial na relação entre os contratantes. Haverá casos em que a obrigação fundamental do alienante será tão-somente transferir propriedade e posse ao comprador em tempo curto, sem que seja necessária a regularização completa do imóvel; em outras circunstâncias, ao revés, o interesse do adquirente não será contemplado sem a verificação daquela exigência. Somente uma cuidadosa interpretação do contrato, inserido em suas circunstâncias, permitirá ao julgador aferir qual é o interesse concretamente visado.

Ainda, tão importante quanto identificar as obrigações correspectivas será reconhecer aquelas que não o sejam – e o raciocínio por exclusão não deve ser o único mecanismo para tanto. Importante critério que se vislumbra para avaliar a inexistência de correspectividade entre as prestações, por exemplo, é aquele da consequência da inexecução: se as partes não estipularam nenhum efeito específico para o

---

<sup>303</sup> TJRJ, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.001.11006, Rel. Des. Maria Augusta Vaz, v. u., j. 29.03.2006.

<sup>304</sup> TJRJ, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.38576, Rel. Des. Elisabete Filizzola, v. u., j. 15.03.2006.



descumprimento de determinada obrigação, em contraposição à existência de mecanismos punitivos, extintivos ou suspensivos para o inadimplemento de outras, aquela obrigação possivelmente não deve guardar uma relação de correspectividade com nenhuma outra, ou talvez não seja relevante o suficiente perante o programa contratual para justificar a suspensão de contraprestações.

Queremos dizer, em suma, que não será num exame abstrato do contrato, exclusivamente a partir do tipo, que se saberá qual obrigação é correspectiva a outra. Também não será num exame concreto superficial, como num jogo de “ligue-os-pontos”, que essa correspectividade será descoberta. Deve-se perquirir a intenção das partes, buscar compreender na declaração negocial a lógica própria de cada contrato – e não só a lógica econômica das prestações em intercâmbio, como também aquela que presidiu o consentimento, que fez com que as partes aceitassem a celebração do contrato naqueles moldes. Com isso será possível perceber se certos deveres e obrigações, apesar de aparentemente acessórios ou desvinculados funcionalmente entre si, podem ser peças essenciais da engrenagem contratada.

#### 2.1.4.1. Os deveres de conduta perante o vínculo de correspectividade

Deve-se ainda avaliar as obrigações à luz de sua complexidade, de modo que seu conteúdo seja preenchido não somente pelos deveres principais de prestação, mas também por diversas outras situações jurídicas que lhes sejam conexas. É isso que explica, conforme dissemos nos itens anteriores, como alguns deveres que não constituem a entrega de uma prestação, como a liberação de uma garantia, podem compor o vínculo de correspectividade. E é também com base nessa perspectiva que se compreende o porquê de se pugnar cada vez mais pela aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* nas hipóteses de violação de deveres de conduta baseados na boa-fé.

Recorrendo a autores portugueses e alemães, JUDITH MARTINS-COSTA exemplifica da seguinte maneira os mais corriqueiros deveres criados pela incidência da boa-fé nas relações contratuais: os *deveres de cuidado, providência e segurança*; os *deveres de aviso e esclarecimento*; os *deveres de informação*; o *dever de prestar contas*;

os *deveres de colaboração e cooperação*; os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*; e os *deveres de omissão e de segredo*<sup>305</sup>.

A aplicabilidade da *exceptio* perante a inobservância desses deveres não é questão dogmaticamente simples. Deveres de conduta baseados na boa-fé (art. 422) sequer têm sua natureza jurídica contratual incontroversa, debatendo vários estudiosos se tais deveres têm natureza *legal* ou *contratual*<sup>306</sup>. E, mesmo sendo admitida a natureza jurídica contratual desses deveres, parece pouco duvidoso que eles não estabelecem *vínculos diretos de interdependência* com outras obrigações (ou mesmo outros deveres) incidentes sobre a contraparte. Ninguém contrata *tendo como objetivo* o cumprimento de deveres de conduta; contrata-se porque se visa a uma ou mais *prestações*, e os deveres de conduta, naturalmente “secundários”, “acessórios”, “laterais” a tais prestações, não parecem, numa primeira leitura, compreender a noção de corresponsabilidade.

No entanto, certos deveres de conduta são tão ligados a deveres de prestação que, mesmo podendo ser classificados como deveres laterais, secundários ou anexos aos efetivos deveres de prestação, merecem ser compreendidos no conceito de *obrigação a cumprir-se*, em função dessa proximidade e essencialidade para que o dever de

---

<sup>305</sup> Vale transcrever o inteiro teor da enumeração efetuada pela professora gaúcha: “*a) os deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de acondicionar o objeto deixado em depósito; *b) os deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; *c) os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; *d) o dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; *e) os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; *f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; *g) os deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares (...) (Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 439, grifos do original).

<sup>306</sup> O debate é sintetizado por Paulo Sérgio Velten Pereira em *A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo, 2008, pp. 171-176.

prestação leve o adimplemento a bom termo<sup>307</sup>. Compreendidos no conteúdo da obrigação, e reconhecida sua relevância diante do programa contratual, o inadimplemento desses deveres poderá conduzir à oponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* pelo prejudicado.

ARAKEN DE ASSIS exemplifica a utilidade desse raciocínio perante a inobservância de deveres de colaboração: “a indústria não poderá fabricar o produto e receber o preço sem o cliente fornecer os projetos ou a matéria-prima necessária à empresa. A negativa à estreita colaboração com frequência origina verdadeiro obstáculo ao cumprimento”<sup>308</sup>. Ainda conforme o professor gaúcho, também o descumprimento de deveres de informação e esclarecimento podem repercutir na economia contratual: “[s]e alguém adquire um *hardware* de alta tecnologia, e deseja usá-lo produtivamente, dependerá das minuciosas instruções do fabricante”<sup>309</sup>.

Pegando carona no último exemplo de ARAKEN DE ASSIS, poder-se-ia admitir a eventual recusa do adquirente do *hardware* em pagar prestações pecuniárias ao fabricante diante da ausência de instruções capazes de lhe permitir fazer uso satisfatório do equipamento adquirido; deve-se compreender, para tanto, que o dever de fornecer assistência técnica, ainda que *anexo* ou *secundário* ao dever principal de prestação (qual seja, o de transferir o equipamento), integra a obrigação do fabricante globalmente considerada, que seria correspectiva à obrigação do adquirente de pagar o preço.

#### 2.1.4.2. O vínculo de correspectividade nos contratos coligados

A percepção de que as obrigações correspectivas, para legitimar o recurso à *exceptio*, devem compor o programa contratual globalmente considerado se evidencia no exame dos *contratos coligados*, aqueles que “por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito),

---

<sup>307</sup> Nas palavras de Judith Martins-Costa, “podem ser freqüentes as hipóteses em que o descumprimento de uma obrigação secundária, anexa ou instrumental, efetivamente frustra as legítimas expectativas do credor e distorce ou desvie a objetiva finalidade do contrato, conduzindo à imprestabilidade da prestação eventualmente (mal) feita” (*Do inadimplemento das obrigações*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, vol. 5, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 445).

<sup>308</sup> Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 113.

<sup>309</sup> Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 113.

encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca”<sup>310</sup>. Com efeito, é possível haver hipóteses em que a interdependência se constitui “não entre as prestações fixadas por cada contrato, mas na totalidade de prestações impostas pelo regulamento de interesses plurinegocial”<sup>311</sup>.

O tema foi objeto de recente estudo monográfico de WILLIE CUNHA MENDES TAVARES, para quem “a existência de dois contratos distintos, ligados, todavia, por uma função plurilateral, não pode ser um limitador ou impeditivo para o exercício do instituto em questão, uma vez que, em certos casos, uma prestação estipulada em um contrato é a contrapartida de uma obrigação prevista em outro negócio conexo”<sup>312</sup>.

É possível observar-se a relação de correspectividade ainda que entre tais negócios haja uma suposta relação de “acessoriedade”. Como exemplifica FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO:

mesmo quando há diversidade de contraprestação, de modo que cada contrato apresente um sinalagma próprio, com prestação e contraprestação em aparente equilíbrio, pode perfeitamente ocorrer que o valor de uma ou de todas as prestações previstas dependa do conjunto contratual, ou ainda, que a prestação isoladamente considerada não tenha valor algum para a parte credora. De que adiantará para a distribuidora de combustíveis o fato de a revendedora adimplir o comodato pactuado, ou mesmo pagar o aluguel convencionado, se não adquirir os produtos daquela?<sup>313</sup>.

A matéria já chegou a ser suscitada no âmbito do STJ. No Recurso Especial nº 419.362, embora não tenha enfrentado o mérito dos contratos em debate, entendeu a 4ª Turma haver cerceamento à defesa de contratante que teve negada a oportunidade de produzir prova do inadimplemento de contrato de permuta potencialmente coligado a

---

<sup>310</sup> Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Contratos coligados no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

<sup>311</sup> Carlos Nelson Konder, *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*, cit., p. 241.

<sup>312</sup> Willie Cunha Mendes Tavares, *A aplicação da exceção do contrato não cumprido aos contratos conexos*, cit., p. 129.

<sup>313</sup> Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 200.

contrato de arrendamento, sobre o qual se pleiteava a resolução. No trecho mais relevante do voto-vista do Min. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, lê-se 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 conseqüência 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 credor insatisfeito do primeiro”<sup>314</sup>. Mais recentemente, o tema foi enfrentado pela 3ª Turma do STJ, em acórdão cuja ementa merece transcrição parcial:

(...) CONTRATOS COLIGADOS. UNIDADE DE INTERESSES ECONÔMICOS. RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA EVIDENCIADA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. TÍTULO EXECUTIVO. INEXIGIBILIDADE. (...) 4. **A unidade de interesses, principalmente econômicos, constitui característica principal dos contratos coligados.** 5. Concretamente, evidenciado que o contrato de financiamento se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, havendo sido firmado com o propósito de incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no Posto de Serviço Ipiranga, obrigando-se o Posto revendedor a aplicar o financiamento recebido na movimentação do Posto de Serviço Ipiranga, está configurada a **conexão entre os contratos, independentemente da existência de cláusula expressa.** 6. **A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido.** (...) <sup>315</sup>.

De fato, não há maior complexidade teórica para admitir-se a aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* em tais casos. Reconhecida como pressuposto do instituto a existência de *obrigações correspectivas*, conforme os fins contratuais e, especialmente, visto o conteúdo dessas obrigações à luz de sua natural complexidade, “[n]ão há necessidade de buscar fundamento adicional para aplicar [a exceção de

<sup>314</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 419.362, Rel. Min. César Asfor Rocha, Rel. para o acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, v. m., j. 17.06.2003.

<sup>315</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 985.531/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado), v. u., j. 01.09.2009, grifos nossos.

contrato não cumprido] nas hipóteses de coligação de contratos entre as mesmas partes”<sup>316</sup>.

Cumprido ressaltar que, mesmo havendo diversidade de partes diante de conexão contratual, a jurisprudência brasileira tem amparado a possibilidade de aplicar-se a exceção de inadimplemento. O exemplo mais recorrente é o da aquisição de mercadorias mediante financiamento, em que se tem admitido ao comprador recusar-se a adimplir suas prestações pecuniárias face à instituição financeira tendo por base obrigações (de dar ou de fazer) inadimplidas pelo alienante<sup>317</sup>.

#### 2.1.4.3. O vínculo de correspectividade nos contratos plurilaterais

Dúvida que se põe, ainda quanto ao conteúdo e identificação do vínculo de correspectividade, diz respeito ao cabimento da *exceptio non adimpleti contractus* nos chamados *contratos plurilaterais* (se vistos por sua estrutura), também denominados *contratos associativos* (se vistos pela sua função econômica). Tratada em texto consagrado de TULLIO ASCARELLI, essa categoria distingue-se dos contratos unilaterais ou bilaterais “a) pela possibilidade de participação de mais de duas partes; b) pelo fato de que, *quanto a todas essas partes*, decorrem do contrato, quer obrigações, de um lado, quer direitos, de outro”<sup>318</sup>. Seus exemplos mais conhecidos são os contratos e os consórcios de sociedades.

Costumam ser apontadas como principais características dos contratos plurilaterais (i) o *caráter aberto do contrato* (ou seja, a possibilidade do ingresso de novos centros de interesses, bem como de exclusão voluntária ou forçada); (ii) a

<sup>316</sup> Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Contratos coligados no direito brasileiro*, cit., p. 200. Em sentido semelhante, cf. Ana López Frías, *Los contratos conexos*, Barcelona: Bosch, 1994, p. 304.

<sup>317</sup> Confirma-se a propósito a seguinte excerto, que fala por si: “CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Compra e venda de carro, com financiamento e alienação fiduciária. Defeito grave no veículo, que impede seu uso. Cessação dos pagamentos e pronta propositura de ação visando desfazimento do negócio jurídico, em que é réu também o agente financeiro. Decisão que antecipa a tutela, determinando a abstenção de inscrição do nome do autor em cadastro restritivo ou sua exclusão, se já anotado. *Contratos preordenados a uma mesma finalidade econômica*, que são, por isso, coligados, e devem ser interpretados como um conjunto de obrigações, *de modo a fazer legítima a invocação da exceção de contrato não-cumprido pelo consumidor no pacto de financiamento*” (TJRJ, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2007.002.15316, Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho, v. u., j. 25.06.2007; no mesmo sentido, cf. TJRJ, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2009.002.06954, Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho, v. u., j. 31.03.2009).

<sup>318</sup> Tullio Ascarelli, “O contrato plurilateral”, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1945, p. 272.

eventual *diversidade de objeto das prestações de cada um dos centros de interesses*, adaptadas ao objetivo comum; (iii) a *aquisição de uma posição independente* e eventualmente diversa por cada uma das partes a respeito das outras, como titulares de direitos e obrigações; (iv) a *relevância jurídica do objetivo contratual*, que não permanece confinado no limbo dos motivos; (v) a *função instrumental do contrato*, cuja execução não se limita às prestações iniciais das partes, mas se estende à sua ulterior atividade como membros da coletividade; (vi) o *caráter continuativo do vínculo contratual*; e (vii) a *constituição de um fundo comum* e de uma relação de cotitularidade como meio para o desenvolvimento do escopo negocial<sup>319</sup>.

Perante todas essas características, surge a dúvida acerca da existência de *sinalagma* em tais contratos, e o próprio TULLIO ASCARELLI registra em suas lições que a relação sinalagmática, nos contratos plurilaterais, “em lugar de ter um caráter direto e imediato, como nos contratos de permuta, adquire um caráter indireto e mediato”<sup>320</sup>. Por outras palavras, ASCARELLI anota que, nos contratos plurilaterais, não há o mesmo nexo de interdependência existente entre as obrigações bilaterais, quando a execução de uma é a razão de ser da execução da outra, seja sob o ponto de vista econômico ou em função do jogo de barganha entre as partes. Nos negócios associativos, *todas as obrigações e todos os direitos* conferidos em favor dos contratantes *se justificam globalmente*, não havendo essa correspondência entre uma e outra, como no modelo *do ut des*.

Ou seja, ao constituírem uma sociedade limitada, os quotistas não têm como meta a execução de obrigação correspondente pelos demais quotistas; a integralização das quotas sociais não se dá com o objetivo de que outros sócios também o façam em contrapartida. A finalidade é buscar os interesses sociais, auferir lucros da atividade econômica. Não significa que inexista sinalagma; há, nas palavras de ASCARELLI, reproduzidas por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, um “sinalagma indireto”<sup>321</sup>, distinto do *sinalagma funcional* característico aos contratos com função de câmbio.

---

<sup>319</sup> Tullio Ascarelli, “O contrato plurilateral”, cit., pp. 285-296.

<sup>320</sup> Tullio Ascarelli, “O contrato plurilateral”, cit., pp. 309.

<sup>321</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, “Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato”, cit., p. 363.

O estudo da categoria ganhou importância nas últimas décadas a partir da crescente utilização (e litigiosidade) dos acordos de acionistas (e, por extensão, dos acordos entre quotistas, no âmbito das sociedades por quotas). Trata-se de modalidade contratual definida por MODESTO CARVALHOSA como “negócio jurídico privado, concluído entre acionistas de uma mesma companhia, tendo por objeto a regulação do exercício dos direitos referentes a suas ações, tanto no que se refere ao voto como à negociabilidade das mesmas”<sup>322</sup>. Tais acordos, embora atinentes à dinâmica societária, feitos para reger relações entre sócios ou acionistas, devem obedecer ao regime geral dos contratos<sup>323</sup>. Duas questões, então, se põem: é possível vislumbrar-se o vínculo de correspectividade entre obrigações presentes nesse tipo de ajuste? Mais: o descumprimento de uma dessas obrigações pode justificar a suspensão da exigibilidade de outras?

Em primeiro plano, é importante considerar que os acordos de acionistas (ou de quotistas) nem sempre representarão contratos funcionalmente associativos, ou plurilaterais. Como bem registra FÁBIO KONDER COMPARATO, há “pactos francamente unilaterais, como as convenções de voto consequentes a uma cessão de ações, em que o cessionário se empenha, ainda, em manter certa influência sobre a companhia, por intermédio do cedente, que é, pois, o único a se obrigar no acordo. Existem, por outro lado, acordos bilaterais, de sinalagma perfeito, pelos quais as partes trocam vantagens determinadas, como, por exemplo, a eleição de representantes de um grupo para certos cargos administrativos, em contrapartida à eleição de representantes do outro grupo para outros cargos. Há, finalmente, pactos de natureza autenticamente plurilateral ou com comunhão de escopo, visando ora à manutenção do poder de controle, ora à sua conquista pela maioria dispersa, ora à defesa dos interesses da minoria”<sup>324</sup>.

Desta maneira, a definição sobre a oponibilidade da exceção de inadimplemento perante os acordos de acionistas depende, antes de tudo, dos contornos de cada negócio concretamente celebrado – lembrando, como se viu ao longo desse Capítulo II, que para a compreensão do nexo de correspectividade não deve ser considerada apenas a

---

<sup>322</sup> Modesto Carvalhosa, *Acordo de acionistas*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 9.

<sup>323</sup> Nesse sentido, por todos, cf. Fábio Konder Comparato, “Eficácia dos acordos de acionistas”, in *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 76; e Celso Albuquerque Barreto, *Acordo de acionistas*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 37-38.

<sup>324</sup> Fábio Konder Comparato, “Eficácia dos acordos de acionistas”, cit., pp. 75-76.



interdependência econômica entre as situações jurídicas globalmente consideradas, mas também a interdependência estabelecida *pelo consenso* entre os contratantes.

Assim é que MODESTO CARVALHOSA entende cabível a alegação da exceção de inadimplemento nos casos de acordos de bloqueio, por exemplo, em que há “dois centros de interesses e obrigações contrastantes, complementares e correspectivas, prevalecendo a *exceptio non adimpleti contractus*”<sup>325</sup>. E mesmo para certos acordos de voto há quem admita a bilateralidade (e, como conseqüência, a oponibilidade da *exceptio*), como no “acordo em que um grupo de acionistas minoritário, de maneira a fazer prevalecer seu interesse, contrata com aqueles acionistas detentores do bloco de controle para, em troca de votar nas pessoas indicadas por estes para a composição do conselho de administração, garantir a criação de política de distribuição de dividendos que a eles seja favorável”<sup>326</sup>.

É importante registrar que, nos acordos realizados para a definição de voto em conjunto, seja para fortalecer a posição de uma minoria acionária ou para consolidar o controle de grupos majoritários, a percepção da correspectividade se torna mais complexa. Não parece simples conceber a obrigação de voto em bloco como *contrapartida* de uma outra obrigação de voto comum, pois a lógica que costuma presidir tais acertos é a *comunhão de escopo*, e não o *intercâmbio de direitos e obrigações*<sup>327</sup>. Além do mais, o que normalmente se dá em tais circunstâncias é um acerto em que *vários direitos* são concedidos em reciprocidade a *várias obrigações*, sem que haja entre eles, no entanto, relação de *interdependência* – até mesmo pela diferente natureza dos direitos e deveres que costumam envolver esses ajustes, como o direito de saída conjunta (*tag along*), o direito de veto a determinadas matérias ou o direito de preferência na alienação de ações do bloco<sup>328</sup>.

---

<sup>325</sup> Modesto Carvalhosa, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 2, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 564-565.

<sup>326</sup> Marcelo M. Bertoldi, *Acordo de acionistas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.

<sup>327</sup> O que não significa que não seja possível, no caso concreto, vislumbrar tal vínculo de correspectividade. Como questiona João Luiz Coelho da Rocha, “quem há de descartar tal interdependência no acordo de acionistas apenas porque sua finalidade mediata é o progresso societário, mesmo sendo a imediata a óbvia cobertura dos direitos e interesses contrapostos ali trançados?” (*Acordo de acionistas e de cotistas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 36).

<sup>328</sup> Conforme noticia Pedro Oliveira da Costa, “de acordo com a doutrina majoritária, tal instituto [a exceção de inadimplemento] não pode ser invocado no caso de acordos plurilaterais, pois ‘cada conveniente contraiu obrigações frente a todos os outros, não se libertando do seu compromisso só porque

Em adição, o texto do art. 118, § 8º, da Lei nº 6.404, de 1976, dá margem a dúvida sobre a *possibilidade* de a exceção de inadimplemento ser implementada nesse âmbito, mesmo se reconhecida eventual correspectividade no acordo de voto. É que, segundo o § 8º, “[o] presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado”. A redação legal, ao menos numa primeira leitura, pode dar a impressão de que, ferido o acordo, *não será computado o voto*, sendo a regra dirigida ao presidente do conclave, e não aos convenientes.

Mas não se exclui, ao menos em tese, a possibilidade de vislumbrar-se o interesse jurídico de um acionista (ou grupo de acionistas) em, ao invés de requerer ao presidente da assembléia a desconsideração do voto infringente, ou mesmo abrindo mão do direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente, abstinente ou inadimplente, requerer o *reconhecimento do direito de não cumprir a sua parte no acordo*, com base no art. 476 do Código Civil<sup>329</sup>.

Imaginemos que os acionistas A e B, titularizando trinta e cinco por cento do capital votante da companhia C, celebrem com os acionistas D e E, titulares de outros trinta e cinco por cento, um acordo de acionistas objetivando regular o poder de controle da sociedade, restando os acionistas F e G, cada, com quinze por cento do capital votante. Suponha-se que aos primeiros tenha sido estabelecido o direito de indicar o Diretor Presidente e o Diretor Financeiro da companhia, enquanto aos segundos, em contrapartida, após negociação, tenham sido garantidos dois dos três assentos do Conselho de Administração de C e o direito de vetar qualquer aumento de capital em assembléia. Acresça-se que A e B pretendam deliberar e aprovar a emissão de novas ações, encontrando resistência por parte de D e E. Se, em assembléia, A e B votarem pelo aumento de capital, apesar do veto de D e E, estariam estes limitados a requerer ao presidente do conclave a desconsideração dos votos de A e B? Sendo aprovado o

---

um dos demais faltou com seus deveres contratuais” (*O acordo de quotistas como instrumento de preservação da empresa: a aplicação do princípio da função social dos contratos aos pactos parassociais*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela UERJ, sob orientação da Professora Doutora Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, 2003, p. 125).

<sup>329</sup> João Luiz Coelho da Rocha parece apontar nesse sentido, ao suscitar o seguinte: “Tal como o devedor de uma obrigação de pagamento pode se escudar, diante da execução judicial, (...) na exceção de contrato não cumprido, se bilateral o ajuste etc., o acionista devedor da obrigação de fazer (compromisso de voto, por ex.) ou de não fazer (não exercer direito de preferência *e.g.*) também pode se esquivar em juízo alegando razões que o escusem” (*Acordo de acionistas e acordo de cotistas*, cit., p. 65).

aumento (sob o pretexto de que o veto seria abusivo, por hipótese), estariam D e E confinados a executar o acordo de acionistas em juízo, pleiteando a desconstituição da votação assemblear (submetendo-se a todos os inconvenientes que um litígio dessa natureza traz)? Ou poderiam D e E, diante da inadimplência de A e B, lançar mão do *direito a não cumprir* consagrado pelo art. 476 do Código Civil para, no âmbito do Conselho de Administração, destituir os administradores indicados por A e B, enquanto não fosse reconsiderada a decisão de emitir novas ações?

Os limites deste trabalho nos impedem de enfrentar a questão, certamente merecedora de exame específico. Importa-nos no momento reafirmar a premissa de que, para averiguar-se o cabimento da exceção de inadimplemento, não deve ser a *classificação do contrato* (unilateral, bilateral ou plurilateral) a conduzir o raciocínio do intérprete, mas a análise das *obrigações recíprocas*, perquirindo-se a existência de *correspondência* entre elas, conforme a lógica econômica do negócio, seu conteúdo global, seu histórico das negociações e assim por diante<sup>330</sup>.

---

<sup>330</sup> É útil, nesse sentido, a distinção dos acordos de voto em *acordos de prestação* e *acordos consorciais*, conforme sugerido por Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira. Nos acordos de prestação, dizem os mentores da Lei nº 6.404, “as partes procuram objetivos próprios e se obrigam a exercer o direito de voto de modo determinado. Os objetivos de cada parte podem ser diferentes (por exemplo: dois acionistas obrigam-se a votar em determinada chapa a fim de alcançar, cada um, sua eleição para a Diretoria) ou iguais (por exemplo: a declaração de determinado montante de dividendos, em que ambos participarão) mas não buscam lograr fim comum. Nesse tipo de negócio, as partes convencionam *trocas de prestações* – cada uma procura obter a prestação da outra como instrumento para atingir seus próprios objetivos. As convenções consorciais participam da natureza do contrato de sociedade: as partes se obrigam a reunir seus recursos (o direito de voto das ações de que são titulares) e esforços (contribuindo com atos individuais para criar ação comum) com o objetivo de lograr fim comum (como, por exemplo, o exercício do controle da companhia). Nesse tipo de acordo – como em qualquer sociedade, há negócio de participação, nos dois sentidos da palavra: os sócios tomam parte (com seus atos) na criação da ação comum e têm direito a uma parte do resultado comum que resulta dessa ação; e apenas algumas das obrigações assumidas pelas partes (como, por exemplo, a de contribuir com recursos) são determinadas, pois a obrigação de contribuir com atos para lograr o fim comum é indeterminada, no sentido de que é obrigação genérica de cooperar; a realização do fim comum requer, durante a existência da sociedade, a escolha de objetivos concretos e de meios para alcançá-los que não são predeterminados mas dependem de deliberações dos sócios que, conforme o tipo de sociedade, são adotadas por unanimidade ou maioria” (“Acordo de acionistas sobre exercício do direito de voto”, in *A lei das S.A.*, vol. 2, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 287-288, grifos nossos). À luz do que se disse neste item 2.1.4.3, a seguinte conclusão dos autores é fundamental: “A distinção entre acordos de prestação e consorciais é importante para apreciar a validade das estipulações das convenções de voto sob os dois aspectos da compatibilização com o regime do direito de voto e das normas aplicáveis ao direito das obrigações: a) nos acordos consorciais, os acionistas se obrigam a votar de modo uniforme, mas o conteúdo do voto será determinado por deliberação coletiva do grupo, para a qual cada acionista contribuirá com sua manifestação de vontade, enquanto que no acordo de prestação o acionista se obriga a prestar o voto de modo predeterminado; b) aos acordos de prestação aplicam-se precipuamente as normas da lei sobre contratos e obrigações em geral, enquanto que aos acordos consorciais aplicam-se ainda as normas especiais sobre contrato de sociedade” (p. 288, grifos nossos).

Por fim, ainda sobre o tema dos contratos associativos, cumpre assinalar que a jurisprudência brasileira, notadamente o STJ, tem reconhecido a possibilidade de *resolução* dos acordos de acionistas<sup>331</sup>, o que, num raciocínio *a fortiori*, pode dar a impressão de ser igualmente admissível a *exceptio non adimpleti contractus* (afinal, se é admissível a extinção, por que não o seria a suspensão?).

Pelo que se pode observar, contudo, o principal fator que tem levado ao reconhecimento da resolubilidade dos acordos de acionistas é a *impossibilidade de atingir-se o fim comum dos contratantes*<sup>332</sup> ou, como preferem alguns, a “quebra da *affectio societatis*”<sup>333</sup>. Essa tese já era referida no estudo clássico de TULLIO ASCARELLI, para quem “a invalidade ou inexecução das obrigações de uma parte, não exclui, só por si, a permanência do contrato entre as demais, *a não ser quando torne impossível a consecução do objetivo comum*”<sup>334</sup>.

No entanto, não se pode igualar, para todos os efeitos, a *impossibilidade* de atingirem-se os fins sociais ao *inadimplemento* de uma obrigação correspectiva; os fenômenos são distintos e, por isso, nem sempre merecerão o mesmo tratamento jurídico. O problema, repita-se, merece estudo próprio, mas adianta-se desde já que talvez os efeitos práticos da exceção de inadimplemento nesse âmbito possam ser alcançados mediante outros instrumentos (como, por exemplo, a concessão de tutela de

<sup>331</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 388.423/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. u., j. 13.05.2003.

<sup>332</sup> Confira-se o trecho a seguir: “Admissível a resolução do acordo de acionistas por inadimplemento das partes, ou de inexecução em geral, bem como pela quebra da *affectio societatis*, com suporte na teoria geral das obrigações, não constituindo impedimento para tal pretensão a possibilidade de execução específica das obrigações constantes do acordo, prevista no art. 118, § 3º da Lei 6.404/76. (...) É que, aqui, no contrato plurilateral, tal como está no art. 1.420, C. Civil Italiano, e que a doutrina enfatiza, as prestações dirigem-se à obtenção de um fim comum. Quando algum dos contraentes põe-se refratário ao fim comum e chega ao ponto de impedir a atuação dos demais, como pretender que não está se inadimplindo ao contrato plurilateral?” (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 388.423/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. u., j. 13.05.2003).

<sup>333</sup> Digna de nota é a arguta crítica de Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek ao constante recurso à idéia de *affectio societatis* para referir-se ao conceito de “fim social” (“*Affectio societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de ‘fim social’”, in Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França, *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 27-67). Embora não critique a nomenclatura em si, Gustavo Tepedino parece caminhar na mesma direção quanto ao conteúdo do conceito em seu “Ruptura da *affectio societatis* e seus efeitos sobre os direitos previstos em acordo de acionistas”, in *Temas de direito civil*, t. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 331-363.

<sup>334</sup> Tullio Ascarelli, “O contrato plurilateral”, cit., pp. 309. Somente nesses casos, portanto, seria cabível a oposição da *exceptio non adimpleti contractus*. Nesse sentido, cf. Giovanni Persico, *L’eccezione di inadempimento*, cit., p. 63; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 260.

urgência para permitir a ineficácia do acordo de acionistas, tendo por base prova robusta da impossibilidade suscitada), em vez do instituto previsto no art. 476 do Código Civil.

## 2.2. “Antes de cumprida a sua obrigação”: o inadimplemento

Viu-se no item anterior que a exceção de contrato não cumprido pode ser oposta sempre que obrigações correspectivas – compreendidas em sua natural complexidade e conforme sua relevância para o programa contratual globalmente considerado – sejam objeto de inexecução. Evidente, então, que o *inadimplemento* de uma obrigação deve ser pressuposto para suspender-se a exigibilidade de outra. Mas será todo e qualquer inadimplemento capaz de ensejar a atuação da *exceptio non adimpleti contractus*?

Conceituar o inadimplemento das obrigações no Direito brasileiro não tem sido tarefa das mais simples. Adormecido em nossa doutrina após a obra clássica de AGOSTINHO ALVIM<sup>335</sup>, o tema entrou em recente erupção a partir da paulatina divulgação no Brasil dos avanços germânicos alcançados pelo recurso à boa-fé, iniciativa que se deve sobretudo a contínuas gerações de juristas gaúchos<sup>336</sup>.

Já se disse no item 2.1.3 *supra* que o conceito de obrigação não mais se limita à estática noção de vínculo ao qual o devedor submete-se a uma prestação em favor do credor. Essa definição romanística substituiu-se pela de uma relação jurídica de coordenação, complexa, em que deveres de prestação, deveres de conduta, direitos, faculdades e interesses legítimos se unem, embora aparentemente contrapostos, num processo que visa ao atendimento de uma finalidade: a consecução dos interesses

---

<sup>335</sup> Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

<sup>336</sup> Entre os civilistas brasileiros, o estudo crítico da obrigação como um fenômeno contínuo e complexo se deve substancialmente à repercussão da obra de Clóvis do Couto e Silva (*A obrigação como processo*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, reeditada em 2006 pela FGV); desde então destacam-se textos produzidos sobre o assunto por Véra Maria Jacob de Fradera (“A quebra positiva do contrato”, *in Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, vol. 15, nº 44, nov. 1988, pp. 144-152); Ubirajara Mach de Oliveira (“Quebra positiva do contrato”, *in Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, vol. 25, nº 72, mar. 1998, pp. 102-126); Judith Martins-Costa (*A boa-fé no direito privado*, cit., especialmente pp. 383-409) e, mais recentemente, Jorge Cesa Ferreira da Silva (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*, com destaque para as pp. 55-75).

concretos buscados pelas partes<sup>337</sup>, o que se dá normalmente mediante o adimplemento<sup>338</sup>.

O adimplemento, então, pode ser definido como “a realização, pelo devedor, e satisfatoriamente, da prestação concretamente devida e enquanto devida, tendo ambas as partes observado os deveres derivados da boa-fé, que se fizeram instrumentalmente necessários para o entendimento do escopo da relação, em atenção ou em acordo ao seu fim econômico-social e às suas circunstâncias”<sup>339</sup>. Ou seja, adimplir uma obrigação de dar não representa somente entregar o objeto contratado, assim como não se satisfaz uma obrigação de fazer tão-só por praticar-se a conduta abstratamente devida. Adimplir significa entregar a coisa *no tempo, modo e forma devidos*, prestar o serviço *de acordo com os seus propósitos*, de maneira a atingir os interesses contratuais do credor, conforme o conteúdo do negócio firmado<sup>340</sup>.

Por sua vez, como antítese do adimplemento, o inadimplemento compreende “o não-cumprimento ou inobservância por uma das partes de qualquer dever emanado do vínculo obrigacional”<sup>341</sup>, sejam deveres de prestar ou de conduta. Num encadeamento lógico, a obrigação, sendo complexa, não representa somente um liame que submete o devedor a prestar algo ao credor e o adimplemento, não apenas o cumprimento pontual do dever de prestar. O inadimplemento, a seu turno, também deve considerar essa

---

<sup>337</sup> Anderson Schreiber procura identificar esses interesses a partir do atendimento à causa do contrato: “[s]e o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor” (“A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 32, out./dez. 2007, p. 15).

<sup>338</sup> Nas palavras de Karl Larenz, “[a] satisfação do credor se produz normalmente mediante o cumprimento do dever de prestação; mas pode produzir-se de outra forma, por exemplo, mediante compensação (de modo que o credor compensado extingue uma dívida própria) ou mediante prestação subsidiária consentida pelo credor. A relação de obrigação como um todo se extingue quando o seu fim haja sido alcançado totalmente, quer dizer, quando o credor (ou todo o que participa como credor) tenha sido totalmente satisfeito em seu interesse à prestação” (*Derecho de obligaciones*, t. 1, cit., p. 39).

<sup>339</sup> Judith Martins-Costa, “Adimplemento e inadimplemento”, in *Anais do Seminário EMERJ debate o novo Código Civil*, Rio de Janeiro: EMERJ, 2002, pp. 98-99.

<sup>340</sup> A releitura funcionalizada do conceito de adimplemento também é objeto da atenção de Anderson Schreiber, “A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., pp. 8-9; Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería, “A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação”, in Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.), *Diálogos sobre direito civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 265-297; e Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 5-119, especialmente pp. 81-95.

<sup>341</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Inadimplemento das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

complexidade: se deveres de prestação e de conduta compõem a obrigação, dada sua complexidade, quaisquer deles podem ser objeto de violação e afetar o programa contratual. Por fim, se circunstâncias próprias a cada caso ganham relevância na avaliação do inadimplemento, com ênfase para o atendimento dos interesses em torno do negócio, a distinção entre as modalidades de descumprimento perde em abstração – e quiçá em utilidade – para os fins da exceção de inadimplemento.

### 2.2.1. *O modelo peculiar de inadimplemento no Direito brasileiro*

O Código Civil de 1916 cuidava do inadimplemento de forma bastante peculiar: previa um capítulo com três artigos, denominado “Das Conseqüências da Inexecução das Obrigações”, integrante do Título “Dos Efeitos das Obrigações”. O primeiro dispositivo, art. 1.056, estabelecia a regra geral da responsabilidade civil contratual, ao dizer que “[n]ão cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”. O segundo, art. 1.057, estabelecia os requisitos da responsabilidade contratual conforme fosse o contrato unilateral ou bilateral<sup>342</sup>, ao passo que o art. 1.058 definia a exclusão de responsabilidade por caso fortuito ou força maior<sup>343</sup>.

Logo se vê que o capítulo estabelecia os efeitos de um fenômeno que não conceituava: o elemento fático necessário para firmar-se a responsabilidade por perdas e danos, o “não cumprimento” da obrigação ou o “cumprimento fora do modo e tempo devidos”. Embora tivesse a pretensão de avaliar as “conseqüências da inexecução”, como sua nomenclatura indicava, apenas *uma* conseqüência era ali tratada: a responsabilidade civil contratual. Todavia, como se sabe, o fato jurídico *inexecução* pode dar origem a diversos efeitos, concorrentes entre si ou não, como, por exemplo, o surgimento da pretensão de reparação civil por danos, o direito de resolver o contrato, a pretensão à cobrança de juros de mora, a pretensão à devolução de arras, a exigibilidade de cláusula penal, a pretensão ao cumprimento forçado da obrigação ou a oposição da

---

<sup>342</sup> “Art. 1.057. Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa”.

<sup>343</sup> “Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957. Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

*exceptio non adimpleti contractus*. Assim, para compreender a real amplitude do inadimplemento das obrigações no Código Civil de 1916 era necessário analisar conjuntamente os arts. 1.056 a 1.058 com os arts. 955 a 963, que cuidavam especificamente da mora; além do art. 1.092, que previa a *exceptio non adimpleti contractus* e a resolução legal; dos arts. 1.101 a 1.106, que disciplinavam os vícios redibitórios; e de tantas outras regras dirigidas aos contratos em geral.

Essa estrutura foi ligeiramente alterada pelo Código Civil de 2002. Numa seqüência lógica bastante mais plausível, o Título III (“Do Adimplemento e Extinção das Obrigações”) do Livro do Direito das Obrigações disciplina primeiro as formas de extinção das obrigações com atendimento ao interesse do credor (o pagamento, a confusão, a compensação, e assim por diante), para posteriormente dedicar seu Título IV exclusivamente ao “Inadimplemento das Obrigações”, ali tratando das disposições gerais sobre a matéria, da mora, das perdas e danos, dos juros legais, da cláusula penal e das arras. Essa mudança estrutural, no entanto, não veio acompanhada de uma mudança mais significativa dos artigos regentes da matéria, e não trouxe, em princípio, maiores efeitos práticos.

Abrindo o título do “Inadimplemento das Obrigações”, o art. 389 do Código Civil dispõe que “[n]ão cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Logo após há regras sobre o descumprimento de obrigações negativas, sobre os requisitos da responsabilidade contratual e sobre a exclusão de responsabilidade por caso fortuito – tal como fazia o Código revogado. Percebe-se novamente que tais disposições cuidam substancialmente do *dever de indenizar*, muito embora essa não seja a única consequência jurídica do descumprimento obrigacional, como se viu.

Esse mesmo destaque para o *dever de indenizar* pode ser observado no regime jurídico da mora conforme o Código Civil de 2002. Seu art. 394 apenas define o que representa a mora, enquanto as regras seguintes basicamente estabelecem efeitos de responsabilidade civil sobre a matéria. A exceção ao tema é o parágrafo único do art. 395, segundo o qual “[s]e a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, esse poderá enjeitá-la, e exigir satisfação das perdas e danos” (regra de profunda relevância



para a compreensão do inadimplemento das obrigações no Brasil, como se verá à frente).

Não é de surpreender, portanto, que a classificação do inadimplemento das obrigações entre os autores brasileiros seja naturalmente realizada tendo em vista problemas de responsabilidade civil. Mesmo a obra mais consultada entre nós – o clássico *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, de AGOSTINHO ALVIM – foca-se, quanto aos efeitos do inadimplemento, justamente sobre a responsabilidade contratual. É raro encontrar-se uma análise conjunta entre o inadimplemento e as demais conseqüências que dele surgem, além do dever de indenizar, especialmente, no âmbito dos contratos, acerca dos vícios redibitórios, da resolução contratual e da exceção de inadimplemento. Essa ausência leva a algumas inconveniências dignas de registro, o que nos justifica a primeiro apreciarmos tais classificações para depois avaliarmos até que ponto elas são úteis no manejo da *exceptio non adimpleti contractus*.

### 2.2.2. As classificações do inadimplemento no Brasil

O inadimplemento pode ser classificado sob diversos prismas. Mantendo-se o foco na *atuação do devedor*, é possível dividi-lo em inadimplemento imputável e inadimplemento não-imputável; tendo-se em mira o *quantum* inadimplido, fala-se em inadimplemento total ou inadimplemento parcial; propõe-se também uma distinção que toma como parâmetro o *interesse violado*, separando-se entre a não-realização dos interesses na prestação e a não-concretização dos interesses na proteção das partes<sup>344</sup>. Mas a distinção mais consagrada é aquela que olha para a *manutenção da utilidade para o credor*, separando-se o *inadimplemento absoluto* do *inadimplemento relativo*, ou *mora*.

O inadimplemento absoluto ocorre a partir de uma violação contratual conducente à incapacidade de realizarem-se os interesses do credor, por ter-se tornado inútil a prestação. Consoante a lição de AGOSTINHO ALVIM, “[d]á-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de

---

<sup>344</sup> Tais classificações podem ser encontradas em Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., pp. 1033-1035; e Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Inadimplemento das obrigações*, cit., p. 35.

perecimento de objeto, por culpa do devedor”<sup>345</sup>, ou quando, embora ainda possível o cumprimento, nele não tiver mais interesse o credor, por ter-se tornado inútil.

De outro passo, encontra-se em *mora* o devedor que, por ato a ele imputável, deixa de realizar a prestação no tempo certo, no lugar previsto ou na forma adequada, desde que tais circunstâncias não extingam sua utilidade para o credor. O que define a mora do devedor é uma leitura conjunta do *caput* do art. 394<sup>346</sup> com o parágrafo único do art. 395<sup>347</sup>. Dito de outra forma, a mora perdura enquanto houver a manutenção da utilidade do cumprimento para o credor, ainda que tardio; desaparecendo essa utilidade, deixa de haver mora para ter-se inadimplemento absoluto<sup>348</sup>.

Os autores brasileiros, talvez por influência portuguesa<sup>349</sup>, atribuem a alcunha de *interesse do credor* a essa *utilidade da prestação* a que se refere o parágrafo único do art. 395, o que pode causar certa confusão – afinal, não seria mais *interessante* ao vendedor a resolução de uma compra e venda, cujo pagamento tardio do preço lhe seja útil, apenas para celebrar contrato mais vantajoso com outro potencial comprador? Não é esse *interesse*, todavia, que a lei pretende proteger: ele não se confunde com a mera conveniência; é de *utilidade* que se está a tratar.

Mas a idéia de utilidade, por si só, também é incompleta. Lembremos o exemplo clássico: o bolo de casamento permanece útil se entregue após o evento, pois continua comestível; entretanto, não há porque aceitá-lo se encerrada a comemoração. Embora comestível, ele será incapaz de atender à *finalidade* específica para a qual foi

<sup>345</sup> Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 7.

<sup>346</sup> “Art. 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” (grifos nossos).

<sup>347</sup> “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos” (grifos nossos).

<sup>348</sup> Nos dizeres de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “[o] próprio conceito de mora ou inadimplemento relativo pressupõe que o cumprimento tardio da obrigação conserve utilidade para os envolvidos. Se o adimplemento posterior, fora do tempo, lugar ou forma acordados, torna-se inútil ao credor, a mora *debetoris* dá lugar ao inadimplemento absoluto” (*Direito das obrigações*, cit., p. 360).

<sup>349</sup> Confira-se o art. 808º do Código Civil português: “Artigo 808.º (*Perda do interesse do credor* ou recusa do cumprimento). 1. Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação. 2. A *perda do interesse* na prestação é apreciada objectivamente” (grifos nossos).

contratado, tornando-se inútil para os nubentes – não do ponto de vista abstrato, estrutural e absoluto, mas concreto, funcional e relacional.

Por conta dessa mistura entre *interesse, utilidade e finalidade*, surgem diversas sugestões a respeito do *quid* distintivo entre mora e inadimplemento absoluto. Há quem fale num interesse apreciado subjetivamente (ou seja, levando-se em conta os interesses concretos daquele credor frustrado)<sup>350</sup>, enquanto outros cogitem de um interesse apreciado objetivamente (isto é, avaliável conforme as circunstâncias concretas)<sup>351</sup>. As duas perspectivas se complementam, a bem dizer: é o interesse *daquela devedor concreto*, a utilidade *para ele*, que se deve levar em conta; mas essa apreciação deve ser objetiva, e não se baseando nos devaneios do credor ou na sua pura conveniência; ao invés, deve-se considerar todas as circunstâncias concretas do litígio (o contrato e suas circunstâncias), com destaque para critérios como a natureza do objeto contratado ou o grau de conhecimento dado ao devedor sobre sua relevância e seu destino, por exemplo, podendo até mesmo incluir fatores tidos como “subjetivos”, caso dos motivos determinantes que levaram à contratação<sup>352</sup>.

Afora o inadimplemento absoluto e a mora, o Código Civil brasileiro, num movimento que o distingue de outras legislações de matriz romano-germânica, estabelece um regime geral para os chamados *vícios redibitórios*, definidos por OTTO DE SOUSA LIMA como “os defeitos ocultos, desconhecidos do comprador, que tornam a coisa imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuem, de tal sorte, o valor, que o comprador, se os tivesse conhecido, não compraria a coisa, ou daria por ela um valor menor”<sup>353</sup>.

Alguns autores fundamentam o regime dos vícios redibitórios no *erro*, enquanto outros o vislumbram como um dever de garantia que *pressupõe* o adimplemento,

---

<sup>350</sup> É o caso de Gustavo Tepedino *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 713; e Sérgio Savi, “Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 469.

<sup>351</sup> Basta ver a eloquência do art. 808, 2ª parte, do Código Civil de Portugal: “A perda do interesse na prestação é apreciada objetivamente”.

<sup>352</sup> Nesse sentido, cf. Judith Martins-Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, cit., pp. 250-263, especialmente pp. 255 e ss., em que a autora se dedica a propor uma série de critérios para aferir essa utilidade.

<sup>353</sup> Otto de Sousa Lima, *Teoria dos vícios redibitórios*, Tese para concurso à cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1965, p. 274.

aduzindo que “só há responsabilidade por vício onde há adimplemento contratual”<sup>354</sup>. A nosso sentir, no entanto, os vícios redibitórios também seriam uma forma de inexecução das obrigações, pois a prestação devida não é *satisfatoriamente* adimplida, sendo incapaz de atingir *integralmente* os interesses do credor<sup>355</sup>.

Cuida-se, no entanto, de uma manifestação específica do descumprimento obrigacional, uma *garantia legal* que, por um imperativo de segurança jurídica, possui regras específicas sobre *ônus da prova e prazos decadenciais* com o objetivo de facilitar a defesa do credor insatisfeito. Sua essência, todavia, não deixa de ser a de um incumprimento. Daí porque se diz que, escoados os prazos para exercício das ações redibitória e *quanti minoris*, poderia o credor manejar tanto sua pretensão ao cumprimento integral do contrato como seu direito de resolvê-lo por inadimplemento, sempre cumulados com pretensão indenizatória pelos danos sofridos – mas sem poder lançar mão da garantia legal, com o que passaria a ter o ônus de provar que o vício pré-existia à transferência da coisa e ocorrera por causa imputável ao alienante<sup>356</sup>.

Tem-se também pretendido incluir a chamada *violação positiva do contrato* como outra modalidade de inexecução obrigacional, a cumprir papel residual. A idéia surgiu como fruto da necessidade, eminentemente prática, de apontar-se no BGB a fonte de pretensões contratuais indenizatórias incompatíveis com os estreitos limites do inadimplemento absoluto e da mora no Direito alemão.

Desprovidos de uma regra geral de responsabilidade civil com a amplitude dos arts. 159 e 1.056 do Código Civil de 1916, os alemães tinham dificuldade em encontrar um “fundamento jurídico para os ‘incontáveis casos de inadimplemento’ não integrados no conceito de impossibilidade e de mora”<sup>357</sup>, conforme a feição que lhes dava o BGB. A fonte necessária para configurar-se tal obrigação de indenizar foi identificada na *violação ao dever geral de boa-fé*, conforme o § 242 do BGB, mais propriamente no

<sup>354</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, “Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial”, in *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 16, out./dez. 1995, p. 48.

<sup>355</sup> Nesse sentido, cf. Judith Martins-Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, cit., p. 72; Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 199; e Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

<sup>356</sup> Em sentido semelhante, cf. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução, cit., p. 74.

<sup>357</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 214.

descumprimento de deveres de conduta dela decorrentes, ponto a partir do qual a doutrina tedesca conferiu sofisticada robustez dogmática à violação positiva do contrato. A categoria foi posteriormente objeto de análise pelos principais civilistas portugueses consultados no Brasil<sup>358</sup>, e, também por influência da obra de LUDWIG ENNECCERUS, cuja tradução para o espanhol logrou grande divulgação entre nós<sup>359</sup>, chegou a ser apontada por ORLANDO GOMES<sup>360</sup>; porém, o interesse pelo tema apenas foi despertado mais recentemente, a partir de texto publicado por VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA<sup>361</sup> e, principalmente, pela obra de JORGE CESA FERREIRA DA SILVA<sup>362</sup>.

Num apanhado geral dos estudos brasileiros publicados até o momento, nota-se uma crescente aceitação da violação positiva do contrato como categoria de inadimplemento<sup>363</sup>, cuja utilidade estaria em abranger “o inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”<sup>364</sup>, com o que se tem em mente “não só a indenização, mas sobretudo a aplicação de outros efeitos decorrentes do descumprimento, tais como a possibilidade de resolver o contrato ou de opor a exceção de contrato não cumprido, efeitos que não se viabilizariam se o caso fosse tratado, simplesmente, como descumprimento de dever geral”<sup>365</sup>. A importação dessa nova espécie de incumprimento ao Direito brasileiro, contudo, deve ser precedida de uma análise cautelosa, para que se evite a reprodução de noções jurídicas que não se adaptam

---

<sup>358</sup> Como João de Matos Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, vol. 2, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2001, pp. 126-134) e Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das obrigações*, cit., p. 1058-1063).

<sup>359</sup> Trata-se do volume relativo ao seu *Derecho de obligaciones*, integrante do *Tratado de derecho civil* de responsabilidade de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, ora consultado no vol. 2, t. 2, 2. ed., Barcelona: Bosch, 1950.

<sup>360</sup> Orlando Gomes, *Obrigações*, cit., p. 173.

<sup>361</sup> Véra Maria Jacob de Fradera, “A quebra positiva do contrato”, cit., pp. 144-152.

<sup>362</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., *passim*.

<sup>363</sup> Além de Jorge Cesa Ferreira da Silva, já citado, a categoria foi acolhida, por exemplo, por Judith Martins-Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, cit., pp. 152-152; e Rafael Marinangelo, *A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais de boa-fé*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo, 2005, p. 163.

<sup>364</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 266. Na p. 268, o autor acresce o elemento “culpa” ao conceito, no que não é acompanhado por boa parte dos estudiosos; por todos, vale o registro de que foi aprovado o seguinte Enunciado nº 24 na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do Código Civil, a violação de deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

<sup>365</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 273.

à nossa realidade, e já se nota o surgimento de reflexões questionando sua efetiva necessidade<sup>366</sup>.

Em primeiro plano, uma suposta divisão tripartite entre *inadimplemento absoluto, mora e violação positiva do contrato* parece misturar elementos que, a rigor, não compõem o mesmo conjunto. O que distingue a mora do inadimplemento absoluto é uma questão de *efeitos*; há mora quando a prestação *ainda tem utilidade concreta ao credor*, apesar de tardia, e há inadimplemento absoluto *quando a prestação perde tal utilidade*. Logo, o critério de distinção é a *permanência de utilidade*. Já a violação positiva do contrato seria caracterizada pelo *objeto da inexecução* – o dever de conduta. Como, então, classificá-los como três espécies de um mesmo fenômeno?

Além disso, analisadas as hipóteses sugeridas como caracterizadoras de violações contratuais positivas, vê-se que, *quanto aos seus efeitos*, aplicar-se-ão o regime da mora, do inadimplemento absoluto ou da responsabilidade civil contratual em geral<sup>367</sup>. Será aplicado o regime da mora, por exemplo, quando o dever de conduta descumprido não causar a perda do interesse do credor no cumprimento integral, sendo ainda possível a purgação (ou seja, o cumprimento do dever de conduta e dos demais deveres conexos, inclusive os de prestação), caso em que a *exceptio* será oponível, bem como serão ressarcíveis as perdas e danos já incorridas. Já o regime do inadimplemento absoluto será aplicado quando o descumprimento do dever de conduta levar à impossibilidade da prestação ou à perda do interesse do credor, conduzindo à resolubilidade do contrato, também cumulável com o ressarcimento dos prejuízos. Por fim, caso o interesse do credor tenha sido substancialmente atendido, apesar do cumprimento defeituoso, ainda restará a seu dispor a alternativa de pleitear a reparação dos danos causados pela violação dos deveres de conduta (ou mesmo de opor a *exceptio*, se for o caso). Dito de outra forma, no plano da eficácia não há lacuna a ser preenchida. É justamente por isso que ORLANDO GOMES, com o senso prático e

---

<sup>366</sup> Gustavo Kratz Gazalle é categórico: “Para que pudesse ser aceita a inserção de um conceito não previsto em lei em nosso sistema, teria de ser cabalmente demonstrada sua utilidade. Se o instrumental conceitual já nos oferece soluções satisfatórias para as hipóteses de aplicação do conceito de violação positiva do contrato, não parece ser adequado adotar-se um novo conceito, com todas as dificuldades teóricas e de aplicação que essa adoção demandaria” (*O conceito de mora na teoria contratual moderna*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela UFRGS, sob orientação da Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera, 2006, p. 86).

<sup>367</sup> A mesma noção é encontrada, em sua essência, no trabalho de Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 225-227.

objetividade que sempre o caracterizaram, já arrematava há décadas que “as violações positivas do crédito (...) *significam (...) inexecução culposa*”<sup>368</sup>.

Não se quer com isso dizer que as reflexões realizadas a respeito do conceito de violação positiva do contrato tenham sido inúteis. Muito pelo contrário. Foram – e continuam sendo – responsáveis por destacar a necessidade de repensar-se a leitura convencional sobre inadimplemento das obrigações no Direito brasileiro. Mais do que isso, trouxeram à tona a evidência de que o descumprimento de deveres de conduta pode implicar perturbações graves no programa contratual<sup>369</sup>. O que talvez seja dispensável, a nosso ver, é sua adoção como uma subespécie de inexecução que, a abarcar somente os deveres de conduta inadimplidos, serviria para preencher um espaço vazio (inexistente) entre inadimplemento absoluto e mora<sup>370</sup>.

Acompanhamos, nesse sentido, a opinião de GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER, para quem “*a releitura funcional do conceito de adimplemento, a exigir não apenas o cumprimento da prestação principal, mas a realização do escopo comum perseguido pelas partes, afigura-se suficiente a solucionar as hipóteses de cumprimento defeituoso da prestação que, porventura, tenham escapado à noção legal de mora*”<sup>371</sup>. Ou seja, a tão-só revisão dos conceitos de *obrigação* e, por conseqüência, de *adimplemento* será satisfatória para alcançar os objetivos visados pela violação positiva do contrato: o reconhecimento de que deveres de conduta, se violados, também podem dar margem aos remédios sinalagmáticos (resolução e *exceptio non adimpleti contractus*), além da reparação dos danos causados<sup>372</sup>.

<sup>368</sup> Orlando Gomes, *Obrigações*, cit., p. 173.

<sup>369</sup> É obrigatória a menção ao seguinte precedente do STJ: “Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 595.631/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, v. u., j. 08.06.2004).

<sup>370</sup> Em sentido semelhante, cf. Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 118-119.

<sup>371</sup> Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *Direito das obrigações*, cit., pp. 343-344, grifos nossos.

<sup>372</sup> Anderson Schreiber também aponta a mesma circunstância: “Na perspectiva tradicional, em que o adimplemento consiste simplesmente no cumprimento da prestação principal, a tutela do crédito em tais hipóteses [de violação positiva do contrato] exige mesmo o recurso a alguma figura ou norma externa à disciplina do adimplemento (...). Não é, todavia, o que ocorre em uma perspectiva funcional, na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo

### 2.2.3. O descumprimento ensejador da *exceptio non adimpleti contractus*

Diante desse panorama, é-nos possível concluir que as classificações da inexecução em inadimplemento absoluto, mora ou violação positiva do contrato não têm conteúdo operacional útil para o manejo da *exceptio non adimpleti contractus*. De fato, a função desse instituto, seja-nos permitido insistir, é garantir ao contratante fiel que não lhe será exigível cumprir sua obrigação *sem que se lhe assegure o atendimento de seus interesses contratuais*, com o adimplemento (ou oferecimento) da obrigação correspondente. Não influi, para tanto, se a ausência de cumprimento pelo excepto é ou não justificada; se a inadimplência é imputável ao excepto ou não; se tem por objeto apenas parte ou toda a obrigação descumprida; se foram deveres de conduta ou se foram deveres principais de prestação que deixaram de ser cumpridos.

O pressuposto é a tão-só *inexecução de obrigação correspondente*<sup>373</sup>, em sentido amplo: “o não-cumprimento ou inobservância por uma das partes de qualquer dever emanado do vínculo obrigacional”<sup>374</sup>. Assim, a *exceptio non adimpleti contractus* poderá ser oposta perante mora, inadimplemento absoluto, cumprimento insatisfatório, violação positiva do contrato, vícios redibitórios e até mesmo perante inexecução justificada por caso fortuito ou força maior. Qualquer que seja o inadimplemento de obrigação correspondente, haverá espaço, em tese, para o manejo da exceção de contrato não cumprido<sup>375</sup>. É o que ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao dizer que, “atendendo-se a que cada um dos contratantes está sujeito ao cumprimento estrito das cláusulas contratuais, e, em consequência, se um não o faz *de maneira completa*, pode o

---

comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente. Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento” (“A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., p. 17).

<sup>373</sup> Valendo lembrar, como fizemos no item 2.1.3 *supra*, que o conceito de obrigação correspondente deve considerar deveres de prestação, deveres de conduta, direitos subjetivos e potestativos, interesses, expectativas, pretensões, ônus, faculdades etc., cujo conteúdo variará de acordo com cada negócio jurídico concretamente celebrado; ademais, especialmente nas relações duradouras, compreendam-se as obrigações como um processo contínuo, que se prolonga no tempo.

<sup>374</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Inadimplemento das obrigações*, cit., p. 31.

<sup>375</sup> Fala-se *em tese* porque, como se verá ao final deste tópico e também ao longo de todo o Capítulo IV, a oponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* se submete a alguns limites, entre os quais se destacam aqueles relacionados à relevância da obrigação descumprida. Para fins didáticos, todavia, soa-nos mais prático separar a interpretação dos fatos em dois momentos: um primeiro, de averiguação dos *pressupostos* da exceção de contrato não cumprido, quando se perquire sobre a *existência* do inadimplemento; e um segundo, fase em que o exercício do direito a não cumprir se sujeita a *limitações* substanciais.



outro opor-lhe em defesa esta exceção levada ao extremo de recusar a *res debita se*, cumprido embora o contrato, *não o fez aquele de maneira perfeita e cabal* – (...) a inexatidão do implemento da outra parte equivale à falta de execução”<sup>376</sup>.

À luz do que dissemos no item 1.1.4 do Capítulo I, se ainda houver interesse no cumprimento integral, a *exceptio* poderá servir, por exemplo, como defesa do excipiente quando demandado ao cumprimento, como defesa em eventual ação resolutória proposta pelo inadimplente ou como estratégia extrajudicial de atuação, permitindo a suspensão do adimplemento enquanto o excipiente não for plenamente satisfeito.

Se a prestação tiver se tornado impossível, ou se o descumprimento conduzir à sua inutilidade concreta, tendo em vista o interesse do credor, ainda assim a *exceptio* será frutífera, pelo fato de legitimar postura do excipiente de recusar a dar continuidade ao cumprimento daquilo que lhe compete, independentemente de reconhecimento judicial. Havendo inadimplemento absoluto do contrato, o *excipiens* estará liberado de cumprir suas obrigações, ainda que não haja cláusula resolutiva expressa no contrato; a resolução judicial, se for necessária, apenas terá o efeito desconstitutivo do negócio, conduzindo à liquidação das obrigações e ao retorno ao estado anterior; mas a inexigibilidade da prestação do excipiente já se dá tão-só a partir do momento em que a contrapartida se tornar impossível ou inútil.

A prescindibilidade das classificações do inadimplemento para condicionar a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* se escancara diante do regime da mora – justamente a hipótese que seria teoricamente a mais recorrente para opor-se uma recusa legítima ao cumprimento. É que o art. 396 do Código Civil estabelece regra que parece somente guardar relevância para fins de responsabilidade civil: “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. À evidência, somente há o dever de indenizar quando concorrerem os requisitos da responsabilidade civil: o ilícito, a culpa (ou o risco, conforme o caso), o dano e o nexo de causalidade. Tal regra, portanto, basicamente define qual elemento subjetivo se requer em matéria de *mora* para configurar-se o dever de indenizar, discutindo os especialistas se os conceitos de

---

<sup>376</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, p. 160.

*culpa* e *imputabilidade* são sinônimos, e se, portanto, a *culpa* compõe ou não o conceito de mora<sup>377</sup>.

Todavia, em matéria de *exceptio non adimpleti contractus*, é dispensável a demonstração de *culpa* ou *imputabilidade* para que o excipiente possa recusar sua prestação. Como assinala SILVIO RODRIGUES, seja por causa imputável ao excepto ou até mesmo “na força maior ou no caso fortuito, em ambas as hipóteses a outra parte pode aduzir a exceção. Porque, tendo uma prestação sua causa na outra, deixando aquela de ser cumprida, *seja qual for o motivo*, cessa de exigir a causa de cumprimento da segunda”<sup>378</sup>. No mesmo sentido, DARCY BESSONE anota que a escusa do excipiente à prestação pode ocorrer “mesmo (...) não partindo do titular do direito a causa obstativa”<sup>379</sup>. Dito por outras palavras, o critério que se deve buscar para tanto é saber se a obrigação foi ou não adimplida, sendo indiferente a conduta culposa ou imputável ao excepto, se houve mora ou inadimplemento absoluto, se foram deveres de conduta ou de prestação que restaram violados. Tais elementos poderão ser importantes para definir outros efeitos jurídicos do descumprimento, como a responsabilidade civil por danos ou o transcurso de juros de mora, mas não para aplicação da *exceptio*.

Pelos mesmos pressupostos, a exceção de contrato não cumprido pode ser oposta diante de vícios redibitórios. Em vez de enjeitar a coisa ou requerer o abatimento do preço, nada impede que o contratante, diante de vícios ocultos, simplesmente pretenda a suspensão da exigibilidade de sua contraprestação. Muito embora essa possibilidade não esteja expressamente prevista entre os arts. 441 e 446 do Código Civil, ela é encampada por autores brasileiros, como SERPA LOPES, para quem “quer no vício intrínseco da coisa, ou vício redibitório, quer no defeito da coisa em face daquilo que se prometeu no contrato, de qualquer modo, [entende-se] cabível a oposição da *exc. n. ad. contractus*”<sup>380</sup>. Araken de Assis ainda é mais enfático: “[n]o caso de vícios redibitórios,

<sup>377</sup> Sobre o tema, cf. Judith Martins-Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, cit., pp. 84-89.

<sup>378</sup> Silvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3, cit., p. 77, grifos nossos.

<sup>379</sup> Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, cit., p. 199.

<sup>380</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 300; no mesmo sentido, cf. Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 155. Todavia, a oposição da *exceptio* diante de vícios redibitórios nem sempre é reconhecida por nossa jurisprudência, havendo precedentes no sentido de que “a alegação de que o imóvel apresentava defeitos ocultos (...) não autoriza a suspensão do pagamento dessas prestações, cabendo aos adquirentes (...) [pleitear] reparação dos danos porventura sofridos ou até mesmo eventualmente a redução do preço, ou ainda [buscar] eles próprios a rescisão do contrato em questão se assim entendessem correto, observada, conforme o caso, a necessidade de se consignar o valor de cada

ao figurante lesado assistem, alternativamente, as ações edilícias e a exceção de inadimplemento. Aqui nada há digno de registro”<sup>381</sup>.

Significativo, nesse sentido, acórdão julgado pela 4ª Turma do STJ em que se considerou que “não sendo cumprida pelo promitente-vendedor a sua obrigação, tocante à entrega do imóvel *em condições de solidez e segurança*, não lhe é dado exigir o implemento da dos compromissários-compradores quanto ao pagamento das prestações remanescentes avençadas”<sup>382</sup>. Do TJRJ se colhe exemplo em que, comprovada por um consórcio construtor a inaptidão do “concreto FCK 20” adquirido de determinado fornecedor, que não atendia determinados padrões de resistência, se legitimou a postura do adquirente de sustar os pagamentos: “constatado o vício do produto, justificada está a interrupção do pagamento, nos termos do art. 476 do CC, que consagra a *exceptio non adimpleti contractus*”<sup>383</sup>.

Até mesmo o descumprimento de obrigações negativas é passível de ensejar o manejo da *exceptio non adimpleti contractus* – desde que, obviamente, haja o vínculo de correspectividade entre estas e as obrigações do excepto<sup>384</sup>. O mecanismo terá espaço, por exemplo, em hipótese de alienação de controle de sociedade empresarial na qual o alienante se obrigue a não concorrer com a atividade do adquirente, se relevante na composição do preço da operação, quando se tem uma obrigação de não fazer vinculada a uma contraprestação pecuniária. Inadimplido o dever de não-concorrência,

---

prestação que vencesse” (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2001.001.12385, Rel. Des. Ricardo Bustamante, v. u., j. 02.10.2001).

<sup>381</sup> Araken de Assis, *Do direito das obrigações*, cit., p. 662. Giovanni Persico também admite o recurso à *exceptio* nas hipóteses de “vício da coisa objeto da prestação ou falta de qualidade da mesma” (*L’eccezione di inadempimento*, cit., p. 131).

<sup>382</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 2.330/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, v. u., j. 08.05.1990. Confira-se o seguinte trecho do voto, reconhecendo expressamente a legitimidade da estratégia dos promitentes-compradores, que invocaram o direito a não cumprir: “Responsável pela indene estrutura do edifício, o autor, em verdade, não adimpliu a obrigação, que lhe era exigível. (...) Precisamente porque não satisfizera o encargo de entregar o prédio em condições de uso e habitabilidade, os compromissários-compradores procederam à sua notificação, advertindo-o de que sobrestariam os pagamentos das parcelas restantes avençadas no contrato, enquanto a deficiência não fosse integralmente eliminada, comprovada tal circunstância mediante laudo a ser oferecido por idônea empresa de engenharia. Os réus, assim o fazendo, apresentaram a ‘*exceptio non adimpleti contractus*’, tal como deixaram inequívoco em sua *contrariedade*. Invocaram, de modo pertinente, os preceitos dos arts. 963 e 1.092 do Código Civil” (grifos nossos).

<sup>383</sup> TJRJ, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2008.001.42796, Rel. Des. Célia Maria Vidal Meliga Pessoa, v. u., j. 09.09.2008.

<sup>384</sup> Resumindo o debate sobre a mora nas obrigações negativas, cf. Gustavo Tepedino *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, cit., pp. 522-523; cf. também Anderson Schreiber, “A tríplex transformação do inadimplemento: inadimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., p. 14.

pode ser legítima, dependendo dos termos contratuais, a suspensão do pagamento das parcelas do preço.

A *exceptio non adimpleti contractus* será igualmente oponível conforme as obrigações correspectivas sejam “de meio” ou “de resultado”<sup>385</sup>. O fato de um resultado concreto não ter sido atingido por ser a obrigação considerada apenas “de meio” não impede que se verifique o inadimplemento contratual por parte do devedor. Conforme anota PABLO RENTERÍA, em instigante trabalho sobre o tema, “cada espécie de obrigação – de meios e de resultado – corresponde a uma diversa qualificação do interesse do credor no adimplemento da obrigação (primário ou instrumental) e a uma diversa configuração da prestação devida pelo devedor”<sup>386</sup>. Esclarecendo o ponto, diz o autor que, nas obrigações de resultado, “o credor procura o devedor para obter certo resultado prático (interesse primário) e o devedor compromete-se a realizá-lo. Em se tratando de obrigação de meios, a situação se altera: o credor usufrui da diligência do devedor (interesse instrumental), o qual se esforça para alcançar o resultado prático perseguido pelo credor (com isto, adimplindo a sua obrigação), mas sem, no entanto, prometer realizá-lo (o que, por sua vez, escapa ao adimplemento da obrigação)”<sup>387</sup>.

Dito por outras palavras: na obrigação de meio, o *interesse do credor*, a *função* da relação obrigacional, o *resultado* (“mediato”, por assim dizer) que se busca é ter o credor à sua disposição o comprometimento de toda a diligência do devedor para que se alcance um *resultado* “imediatamente”. Recorrendo ao exemplo clássico, ainda conforme as anotações de PABLO RENTERÍA, dessa vez segundo as lições de LUIGI MENGONI, “o tratamento médico se constitui no meio para se alcançar a cura do paciente, mas, de outra parte, pode ser considerado como o resultado da prestação médica quando se tem

---

<sup>385</sup> A classificação entre *obrigações de meio* e *obrigações de resultado* é objeto de exame apurado por Pablo Rentería, que a reputa “útil para a configuração da prestação devida pelo devedor (...) e, conseqüentemente, para a configuração do inadimplemento”, negando o entendimento consolidado segundo o qual a relevância da distinção repousaria na definição do regime da responsabilidade contratual aplicável ao descumprimento da obrigação e das regras de distribuição do ônus probatório em ações indenizatórias (*A atual relevância da distinção entre obrigações de meios e de resultado no direito brasileiro*, no prelo, *passim*, com ênfase para o item 4 do Capítulo Terceiro, cuja essência pode ser consultada no artigo em co-autoria com Carlos Nelson Konder, “A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação”, cit., pp. 265-297).

<sup>386</sup> Pablo Rentería, *A atual relevância da distinção entre obrigações de meios e de resultado no direito brasileiro*, cit., item 4 do Capítulo Terceiro.

<sup>387</sup> Pablo Rentería, *A atual relevância da distinção entre obrigações de meios e de resultado no direito brasileiro*, cit., item 4 do Capítulo Terceiro.

em vista que a finalidade própria desta obrigação consiste em dispensar ao paciente os devidos cuidados terapêuticos”<sup>388</sup>.

Por conseqüência, na obrigação de resultado, o não-atendimento da finalidade prática desejada pelo credor basta para configurar o inadimplemento, ao passo que, na obrigação de meio, essa frustração “pode até constituir um indício, mas não importa por si só o descumprimento da prestação, o qual se configura tão somente caso o devedor não tenha desempenhado a sua atividade com a diligência exigida no caso concreto”<sup>389</sup>. Verificada, pois, a falta de diligência por parte do devedor para o adimplemento de sua obrigação, pode o contratante fiel suspender a execução de sua obrigação correspectiva, ou recusar-se a cumprir quando, encerrado pelo devedor o desempenho de suas tarefas, estas se mostrem insatisfatórias à luz do empenho que lhe era legítimo exigir<sup>390</sup>.

Seguindo essa tendência, mesmo nos contratos aleatórios, quando observada a interdependência entre obrigações, poderá haver inadimplemento suscetível de legitimar a *exceptio*: nos casos de *emptio spei* (art. 458) e *emptio rei speratae* (art. 459), por exemplo, a obrigação do adquirente, que assume o risco de a coisa não vir a existir, ou vir a existir em qualquer quantidade, contrapõe-se à obrigação do alienante que, embora possa não ter nenhum conteúdo prestacional concreto, de acordo com o risco transferido, ainda assim é inegavelmente composta por deveres de conduta. Daí porque tanto o art. 458 como o art. 459 asseguram o direito de o adquirente receber o que lhe foi prometido “desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa”.

Ou seja, há entre as partes uma específica distribuição do risco contratual, que pode fazer com que uma delas preste por algo que lhe seja economicamente desfavorável (o alienante pode ser obrigado a transferir mais do que imaginava; o adquirente pode ser obrigado a pagar sem nada receber em troca, ou tendo pouco a

---

<sup>388</sup> Pablo Rentería, *A atual relevância da distinção entre obrigações de meios e de resultado no direito brasileiro*, cit., item 4 do Capítulo Terceiro.

<sup>389</sup> Pablo Rentería, *A atual relevância da distinção entre obrigações de meios e de resultado no direito brasileiro*, cit., item 2 do Capítulo Segundo.

<sup>390</sup> Caminhando nessa direção, cf. o seguinte acórdão, pelo qual não haveria “que se falar em exceção de contrato não cumprido”, em litígio envolvendo um clube social e uma empresa de vigilância, pois “o contrato em tela [revelava] uma obrigação de meio e não de resultado, prevendo a vigilância patrimonial das instalações do clube e não que os seguranças para lá designados fossem obrigados a evitar a prática de todo e qualquer ilícito. A responsabilidade da ré só se caracterizaria se provado que seus prepostos, por ação ou omissão, teriam concorrido para o evento danoso” (TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2009.001.11986, Rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, v. u., j. 02.06.2009).

receber); no entanto, se o alienante deixar de tomar providências para que a coisa venha a existir, o adquirente poderá opor a *exceptio non adimpleti contractus*, caso a dinâmica contratual assim o permitir.

Imagine-se um contrato de compra e venda de safra futura celebrado entre uma companhia fabricante de sucos e um produtor de laranjas. É normal que negócios celebrados nesse âmbito tenham natureza aleatória, com o fabricante adquirindo a totalidade do resultado de determinadas safras ainda que sejam inferiores ao esperado. Todavia, se for possível demonstrar-se a negligência do produtor na execução do contrato (por falhas no cultivo, mau uso de agrotóxicos, desídia no processo de colheita etc.), haverá inadimplemento contratual, por má execução de deveres de conduta, e será cabível ao adquirente o recurso à exceção de inadimplemento<sup>391</sup>.

É importante esclarecer, para fins didáticos, que a “intensidade”, o “grau” ou a “relevância” do inadimplemento não devem ser considerados elementos integrantes da inexecução enquanto *pressuposto* da *exceptio non adimpleti contractus*. É bem verdade que, como se verá no Capítulo IV, nem todo inadimplemento será capaz de disparar na íntegra os efeitos da *exceptio*; alguns, aliás, sequer serão suficientes para que o excepto tenha qualquer eficácia suspensiva em seu favor. No entanto, parece-nos mais adequado adotar-se um procedimento dúplice na apreciação dos fatos potencialmente ensejadores do direito a não cumprir: num primeiro momento, o intérprete deve averiguar a *presença dos pressupostos* da exceção de contrato não cumprido, quando se perquire sobre a *existência* das obrigações correspectivas e do inadimplemento; num segundo momento, quando o exercício do direito (já teoricamente admitido) se sujeita ao crivo de *limitações substanciais*, deverão ser apreciadas a relevância da obrigação descumprida perante o programa contratual, a repercussão do inadimplemento na dinâmica negocial, o resultado útil oferecido ao excepto por aquilo que eventualmente tiver sido prestado, a observância boa-fé, além de outros critérios, de modo a definir-se a *amplitude* em que aquele direito (abstratamente) legítimo poderá ser (concretamente) exercido<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> Mais problemático será definir a extensão dos efeitos dessa oposição da *exceptio*. O tema será objeto do Capítulo IV *infra*, item 4.2.1.

<sup>392</sup> Catherine Malecki chega a conclusão semelhante, ao examinar os pressupostos da *exceptio* no Direito francês (*L'exception d'inexécution*, cit., pp. 280-293).

### 2.3. “Exigir o implemento da do outro”: a exigibilidade da obrigação do excepto

Para que a exceção de inadimplemento possa ser exercida, é necessário, à evidência, que a dinâmica do cumprimento das obrigações contratuais assim o permita. Na dicção de FRANCISCO REZEK, o mecanismo só se aplica àqueles casos em que “se pode harmonizar a cronologia dos encargos de uma e outra das partes”<sup>393</sup>, isto é, quando o excepto deve prestar antes do que o excipiente e não o faz, ou quando as prestações devem ser realizadas simultaneamente. Das duas, uma, portanto: ou as obrigações serão simultaneamente exigíveis, não havendo dever de uma parte prestar antes do que a outra; ou o excepto deverá prestar antes do que o excipiente, o que legitimará o segundo a recusar-se a adimplir enquanto o primeiro não o fizer anteriormente. Tem-se como pressuposto da exceção de inadimplemento, pois, a *exigibilidade da obrigação descumprida pelo excepto*.

No primeiro cenário, em que não há termo ou ordem de sucessividade para o adimplemento, o programa contratual deve estabelecer que a execução seja, de acordo com a expressão consagrada por PONTES DE MIRANDA, “toma-lá-dá-cá”<sup>394</sup> – equivalente ao alemão *Zug-um-Zug* e ao francês *trait pour trait*. Vale lembrar, a rigor, que essa é a regra nas obrigações civis – afinal, na forma do art. 134 do Código Civil, “[o]s negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo”. A existência de sucessividade no cumprimento pode decorrer de regras legais, de disposições contratuais extraídas da declaração negocial ou, na ausência, de mecanismos integrativos, como os usos e costumes.

Exemplo conhecido de texto legal expresso a respeito é o art. 491 do Código Civil, relativo à compra e venda, segundo o qual “[n]ão sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço”. Significa dizer, por outras palavras, que, salvo disposição em contrário, primeiro o comprador deve efetuar o pagamento do preço, para depois poder exigir do vendedor a transferência da propriedade. À luz dessa sucessividade, não pode o adquirente negar-se a pagar o preço (ou seja, opor a *exceptio*) sob o pretexto de ainda não ter sido realizada a tradição.

---

<sup>393</sup> STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 100.128/RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, v. u., j. 24.02.1984.

<sup>394</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 119.

A autonomia privada ainda permite que os contratantes estabeleçam cronogramas próprios para o cumprimento de obrigações correspectivas. Nesse sentido, diante da complexidade de cada negócio concretamente realizado, pode ocorrer que, numa mesma operação econômica, diversas obrigações tenham execução coordenada, embora estruturalmente seja possível vislumbrar-se o vínculo de correspectividade apenas entre algumas delas. Em casos tais, conforme se adiantou no item 2.1.3 *supra*, quando se recorreu ao exemplo da instalação de equipamentos em uma usina, o inadimplemento de determinada obrigação somente ensejará a suspensão da exigibilidade daquelas obrigações que lhe sejam correspectivas (compreendido o conceito de obrigação, frise-se, à luz de sua complexidade, incluindo todos os deveres e as demais situações subjetivas que lhe sejam funcionalmente correlatas, conforme o programa contratual).

E mesmo na inexistência de regras legais ou contratuais a respeito da execução das obrigações, é possível que mecanismos integrativos – notadamente a *interpretação conforme a boa-fé* e os *usos e costumes* (art. 113 do Código Civil) – atuem sobre a declaração negocial de modo a esclarecer se há ou não ordem de sucessividade no adimplemento. Em caso julgado pelo STF, relativo à venda de cacau a termo, entendeu-se que, na ausência de disposições contratuais acerca da ordem do cumprimento das prestações, deveria prevalecer, “pelo uso e prática regional (...), o costume do adiantamento do preço (...), critério predominante na negociação do produto na região cacauceira”<sup>395</sup>.

Quando há sucessividade no adimplemento das obrigações correspectivas, o excepto deve estar obrigado a adimplir antes do que o excipiente, o que justifica ao segundo recusar o cumprimento enquanto aquele não executar anteriormente o que lhe compete. Essa circunstância, aliás, é o que fundamenta a preferência de alguns autores pelo termo *coetaneidade* dos adimplementos para descrever o fator que baseia o recurso à exceção de contrato não cumprido, em vez de *simultaneidade*, tradicionalmente utilizado: diz-se, “não se exige propriamente prestações simultâneas, mas sim prestações que, em algum momento, venham a ser exigíveis ao mesmo tempo, embora

---

<sup>395</sup> Os trechos citados foram extraídos da decisão *a quo*, proferida pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, e mantida por unanimidade pelo STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário nº 79.545/BA, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, v. u., j. 22.11.1974.



não originalmente simultâneas”<sup>396</sup>. Em nosso sentir, basta reconhecer-se a *exigibilidade da obrigação inadimplida pelo excepto* para que o excipiente esteja legitimado a suspender o cumprimento daquilo que lhe compete.

A questão ainda serve ao propósito de esclarecer ponto incidentalmente suscitado em alguns estudos: a menção a que a interdependência necessária à oposição da *exceptio non adimpleti contractus* dar-se-ia entre as *prestações* em intercâmbio, e não entre obrigações<sup>397</sup>. A questão não chega a receber maior atenção acadêmica, mas parece-nos relevante apontar que, à luz da aplicação prática que a jurisprudência confere ao instituto, a relação de correspectividade parece ocorrer entre *obrigações*, consideradas em sua complexidade (e não, a rigor, entre as *prestações*).

Explica-se melhor. Conforme o entendimento convencional, a prestação representa o objeto da obrigação, ou seja, o ato de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em correspondência a um interesse do credor<sup>398</sup>; os civilistas mais recentes ainda apontam que os *deveres de prestação* compõem o todo (complexo, embora unitário) que envolve qualquer obrigação, ao lado de outros deveres, expectativas, ônus etc. Se a relação de interdependência for vislumbrada entre as prestações, tornar-se-ia difícil reconhecer, ou ao menos seria necessária certa ginástica hermenêutica para reconhecer a aplicação da *exceptio* em alguns contratos de execução continuada, como contratos de fornecimento ou prestação de serviços, ou em relações jurídicas como as analisadas nos itens anteriores, em que os deveres contrapostos têm natureza complexa, não sendo tão facilmente perceptíveis como nas relações *do ut des*.

O uso de exemplos ajuda a demonstrar o ponto. Imagine-se relação contratual em que uma mineradora se obrigue a fornecer uma quantidade determinada de minério a uma siderúrgica, em bases mensais. Acresça-se a existência de cláusulas pelas quais se possa extrair o seguinte cronograma: (i) no dia 1º, a mineradora deve entregar o minério

<sup>396</sup> Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 124-125. O autor continua: “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” (p. 125).

<sup>397</sup> Segundo Marcos Cavalcante de Oliveira, por exemplo, ao cuidar do antigo art. 1.092, “[s]em dúvida, a lei estabelece a dependência recíproca entre as prestações, e não entre as obrigações” (*Taxionomia contratual*, cit., p. 75).

<sup>398</sup> Cf., por todos, Orozimbo Nonato, *Curso de obrigações*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 136-138.

em local determinado, para que a siderúrgica possa aferir sua qualidade e quantidade; (ii) até o dia 5, a siderúrgica deve comunicar a adequação do material recebido; e (iii) até o dia 10, a mineradora deve emitir fatura à siderúrgica, com data de vencimento para o dia 20. Considere-se que a relação de fornecimento permaneça sendo ininterruptamente cumprida durante anos, sem defeitos ou reclamações, até que em 20 de janeiro de 2010 a siderúrgica se encontre incapacitada de pagar pelo minério recebido naquele mês.

O entendimento de que a corresponsividade é estabelecida entre as *prestações* (e não as obrigações), traria como conclusão o fato de que a mineradora não poderia deixar de fornecer minério no dia 1º de fevereiro de 2010. Afinal, se o liame se desse entre as *prestações*, o pagamento devido pela siderúrgica em 20 de janeiro de 2010 somente poderia ser considerado corresponsivo ao minério entregue naquele mês; a mineradora permaneceria obrigada a fornecer minério em 1º de fevereiro, em 1º de março, em 1º de abril, independentemente de estar ou não recebendo a contraprestação financeira. E, sendo assim, a exceção de inadimplemento estaria incapaz de exercer sua função principal: a de *garantir que o excipiente não será obrigado a cumprir enquanto não lhe for assegurado o cumprimento corresponsivo*.

Dito de outro modo, sob esse prisma não haveria como o contratante evitar o risco de cumprir sua *prestação* sem receber a *contraprestação*, porque, nos contratos de execução continuada, as prestações recíprocas são “consumadas e exauridas”<sup>399</sup> a cada fração temporal em que se tenha dividido a execução do contrato como um todo; assim, na locação, o aluguel pago ao final de um mês corresponde ao uso e gozo pela coisa naquele específico mês a que se refere – daí porque a resolução por inadimplemento desses contratos operam efeitos *ex nunc*<sup>400</sup>. Ora, voltando aos exemplos, não seria razoável negar à mineradora o direito de recusar o fornecimento de minério em fevereiro perante a inadimplência financeira relativa ao mês anterior. Da mesma forma, agora raciocinando com base nos exemplos suscitados no item anterior, seria inviável visualizar-se uma relação de interdependência entre a *prestação* pecuniária de um lojista e as “*prestações* de conduta” do administrador do *shopping center*, seja a de obter loja

---

<sup>399</sup> A expressão é de Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 160.

<sup>400</sup> Por todos, cf. Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., pp. 160-161.

âncora ou a de respeitar a cláusula de exclusividade; a relação de correspectividade há, portanto, entre as *obrigações*<sup>401</sup>.

O fator “tempo”, fundamental na atuação da *exceptio non adimpleti contractus*, ainda nos serve de mote para duas anotações. Em primeiro plano, é importante destacar que a exceção de inadimplemento pode perder sentido (ou seja, ser incapaz de atender sua função) quando o excipiente pretender suspender o cumprimento de uma obrigação sua tendo por fundamento um inadimplemento pretérito distante; se a função do instituto é proteger o *excipiens* do risco de cumprir sem receber a contrapartida, na sua condição de devedor, esse propósito, conforme as circunstâncias, pode se tornar sem lugar quando o fundamento da recusa do excipiente estiver numa inadimplência passada, distante no tempo<sup>402</sup>.

De outra parte, em situações específicas, o excipiente pode lançar mão da exceção de contrato não cumprido antes mesmo do advento de termo em favor do excepto – ou seja, havendo ordem de sucessividade, e sendo o excipiente obrigado a prestar antes. Trata-se do fenômeno que se convencionou denominar *inadimplemento antecipado do contrato*, tema que tem sido objeto de estudos no Brasil desde a obra pioneira de FORTUNATO AZULAY, datada de 1977<sup>403</sup>, recentemente revisitado por ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA<sup>404</sup>. Sua lógica reside na seguinte constatação: quando o comportamento do devedor, à luz das circunstâncias concretas, permitir inferir-se que o resultado prático a que visa o contrato não será atingido no advento do termo, não será razoável exigir-se do credor uma postura passiva, aguardando o vencimento da obrigação para, após concretizar-se uma frustração já vislumbrada anteriormente, fazer

---

<sup>401</sup> Por questões de estilo, no entanto, por vezes é utilizada ao longo do texto a metonímia de mencionar o vínculo de correspectividade entre *prestações* e *contraprestações*, e não entre *obrigações*.

<sup>402</sup> O problema será retomado no item 4.1.1 do Capítulo IV.

<sup>403</sup> Baseado no *anticipatory breach of contract* do direito anglo-saxão, Fortunato Azulay conceitua o inadimplemento antecipado como modalidade de inexecução em que, uma vez comprovada a inadimplência, quer pelo repúdio expresso ou implicitamente inequívoco do devedor, manifestado antes do vencimento da obrigação, quer pela presunção relativa da insolvabilidade do devedor, não haveria mais justificativa para o credor aguardar o implemento do termo em benefício do devedor, sendo-lhe possível tomar providências antes de se concretizar o inadimplemento no futuro (*Do inadimplemento antecipado do contrato*. Brasília: Rio/Brasília, 1977, p. 138).

<sup>404</sup> Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., *passim*; por sua especificidade (e recentidade), a examinar tema que não recebia tratamento de fôlego há trinta anos, remetem-se à obra as referências relativas à bibliografia e às principais discussões acerca do histórico, do fundamento e dos pressupostos do fenômeno.

uso dos remédios jurídicos decorrentes do inadimplemento; antes mesmo do advento do termo, pois, ser-lhe-ia legítimo fazê-lo<sup>405</sup>.

Com efeito, reconhecida a obrigação como uma relação complexa, composta por diversas situações subjetivas singulares (com destaque para deveres de prestação e de comportamento), funcionalizada ao atendimento dos interesses das partes e, nos contratos a termo, protraída no tempo, conclui-se que “[o] descumprimento de deveres de conduta, que impede o chamado melhor adimplemento da prestação, importa a não-execução do comportamento devido e, portanto, o não-cumprimento da prestação devida. A consequência de tal violação – mora ou inadimplemento absoluto – depende de sua repercussão na prestação devida, vale dizer, depende da possibilidade de o credor ainda receber a prestação (isto é, se ainda é possível para o devedor prestá-la e para o credor recebê-la com utilidade)”<sup>406</sup>. Ou seja, apesar da alcunha consagrada, não é que apenas se *antecipe* um inadimplemento futuro; o inadimplemento também pode ser *atual*, a obrigação (complexa e funcionalizada) também pode ser *descumprida* desde o momento em que o devedor deixa de praticar os atos executórios conducentes ao adimplemento<sup>407</sup>. Procede-se então a uma distinção entre o *inadimplemento anterior ao termo* e as hipóteses de *risco de descumprimento*, em que “apesar de não configurado o efetivo inadimplemento anterior ao termo, mostra-se alta a probabilidade de, no futuro, o devedor não adimplir sua obrigação no tempo, modo e lugar ajustados, a autorizar o credor a agir no sentido de proteger seu crédito”<sup>408</sup>.

Tanto os estudos acadêmicos como as decisões judiciais sobre o assunto têm mantido o foco na percepção de que o inadimplemento antecipado pode conduzir à resolução contratual antes mesmo do advento do termo, bem como à propositura de ação indenizatória contra o devedor, discutindo-se, ainda, se ao credor seria autorizado

---

<sup>405</sup> Nas palavras de Aline de Miranda Valverde Terra, cuida-se de “hipóteses em que, mesmo antes do termo, é possível verificar que a prestação não será adimplida, que se tornou impossível para o devedor ou então inútil para o credor” (*Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 121).

<sup>406</sup> Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 218.

<sup>407</sup> Nesse sentido, é digna de nota a elegante proposta de Aline de Miranda Valverde Terra para atribuir-se uma nova alcunha ao mecanismo: “inadimplemento anterior ao termo”. Seu argumento, bem lançado, é o de que “o instituto em exame encerra inadimplemento *atual*, embora *anterior* ao termo. *Anterior* (...) apenas indica relação temporal, sem, contudo, como no caso da palavra *antecipado*, emitir juízo de valor quanto ao momento *próprio* para a ocorrência do evento. Com efeito, o inadimplemento *anterior* é aquele que ocorre no presente e anteriormente ao termo” (*Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 122-123, grifos do original).

<sup>408</sup> Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 274. Para fins didáticos, analisaremos ambos sob o signo do “inadimplemento antecipado”.

promover medidas destinadas à execução específica da obrigação – isto é, se poderia exigir o cumprimento da obrigação antes do advento do termo<sup>409</sup>. Mas, convém lembrar, a oponibilidade da exceção de contrato não cumprido – aqui compreendida em seus moldes amplos, como um *direito a não cumprir* – também se afigura como efeito do descumprimento, representando alternativa igualmente aberta ao contratante fiel diante do inadimplemento antecipado.

Sendo assim, verificando-se circunstâncias objetivas capazes de demonstrar que, no vencimento da obrigação, o resultado útil esperado pelo contratante não será atingido, seja por *inadimplemento anterior ao termo* ou pelo *risco de descumprimento*, pode ele suspender o adimplemento de sua obrigação, se lhe for conveniente, à luz do art. 476 do Código Civil<sup>410</sup> – independentemente do oferecimento de caução ou depósito daquilo que eventualmente seja devido pelo excipiente, frise-se<sup>411</sup>. Tal possibilidade vem sendo reconhecida por nossos tribunais, do que é exemplo aresto proferido pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, no qual se entendeu que “diante da demora e paralisação da obra, fatos não negados pelo promitente vendedor”, era legítimo ao promitente-comprador “[suspender] os pagamentos das prestações antes do advento do prazo para a entrega do imóvel”<sup>412</sup>.

---

<sup>409</sup> Sobre essa específica discussão, mais complexa, cf. Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 238-242.

<sup>410</sup> Ao lamentar a inexistência de dispositivo expresso na legislação brasileira apto a embasar a suspensão das prestações pelo credor em função do risco de descumprimento, Aline de Miranda Valverde Terra considera que “[a] aplicação do art. 477 do Código Civil [que consagra a exceção de insegurança] para além da hipótese de risco de descumprimento nele tipificada, a abarcar toda e qualquer circunstância que demonstre a probabilidade de o devedor não adimplir a prestação devida, parece solucionar a questão” (*Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 265; em linha semelhante, cf. Anderson Schreiber, “A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., p. 12). Por tudo que se sustenta nesta dissertação, consideramos que o art. 476 do Código Civil, ao legitimar um *direito a não cumprir*, é mais capaz de alcançar esse objetivo. Além de o recurso ao art. 477 exigir maior esforço interpretativo, superando o requisito objetivo da “diminuição patrimonial capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação”, o fato é que a exceção de insegurança é caracterizada por uma função protetiva do *patrimônio* do contratante fiel; o risco que se cobre com o art. 477 é o da *insolvência*, e não o da *inadimplência*. Não à toa seus efeitos podem ser afastados mediante o oferecimento de garantia pelo devedor – e a prestação de garantia, por si só, é incapaz de assegurar a *satisfação dos interesses concretos* do contratante, fim último da obrigação, e que justifica a própria construção teórica do inadimplemento anterior ao termo e do risco de descumprimento.

<sup>411</sup> Nessa hipótese, é bom dizer, será dispensável a demonstração de *culpa* por parte do devedor, já que esta, como se viu no item 2.2 deste Capítulo II, não é pressuposto de aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. Sobre a culpa como suporte subjetivo do inadimplemento antecipado, cf. Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 182-183.

<sup>412</sup> Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 196060800, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 11.06.1996.

Essa estratégia, conforme adiantado no item 1.4.3 do Capítulo I, não é desprovida de riscos ao excipiente. Pode ocorrer que, no advento do termo, o devedor consiga adimplir sua obrigação, ou, mesmo antes desse momento, o *solvens* seja capaz de demonstrar em juízo a ausência de circunstâncias aptas a configurar o inadimplemento antecipado; em casos tais, se tiver procedido à suspensão do cumprimento de suas obrigações, é o *excipiens* quem será considerado inadimplente, ficando sujeito às conseqüências legais e contratuais daí oriundas.

Eis o porquê de ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA sugerir que, “antes de suspender a prestação, o credor notifique o devedor de que adotará tal medida, caso não comprove a ausência de risco de descumprimento da prestação ou não ofereça garantia suficiente de satisfazê-la”, bem como, “diante do silêncio do devedor, (...) que o credor deposite judicialmente a prestação devida, até que decisão judicial confirme a alegação do credor, declarando a existência do risco de descumprimento do contrato, de modo a legitimar a suspensão da prestação”<sup>413</sup>.

Nada impede, contudo, que o excipiente adote postura mais arrojada e, independentemente de depósito judicial, proceda à interrupção do cumprimento dos deveres correspectivos àqueles – *atual* ou *potencialmente* – inadimplidos, assumindo os riscos dessa iniciativa.

---

<sup>413</sup> Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 262; a mesma recomendação se encontra na p. 251 e na p. 256, relacionada à hipótese de inadimplemento anterior ao termo.

### 3. A DINÂMICA DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO: EFICÁCIA, INEFICÁCIA E ARRANJOS CONTRATUAIS

**SUMÁRIO:** 3.1. Os efeitos da exceção de inadimplemento. 3.1.1. A suspensão da exigibilidade da prestação do excipiente. 3.1.2. A não-imputabilidade dos efeitos do inadimplemento ao excipiente. 3.1.3. Outras conseqüências decorrentes da exceção de inadimplemento. 3.1.4. Os efeitos da exceção de inadimplemento perante terceiros. 3.2. A ineficácia da exceção de inadimplemento. 3.2.1. A extinção das obrigações como fator de ineficácia superveniente. 3.2.2. A prescrição da exceção de inadimplemento. 3.2.3. A renúncia ao exercício da exceção de inadimplemento. 3.2.4. A prestação de caução pelo excepto obsta a exceção de inadimplemento? 3.3. Os arranjos contratuais sobre a exceção de inadimplemento.

Compreendidas as funções do instituto e analisados seus pressupostos, é chegado o momento de avaliarem-se mais de perto suas conseqüências jurídicas. Este terceiro capítulo, portanto, tem como objetivo examinar a dinâmica da exceção de contrato não cumprido: os efeitos que produz, os fatores que lhe retiram eficácia e alguns arranjos contratuais de que as partes podem lançar mão, à luz da autonomia privada, para definir os limites e possibilidades do direito de recusar sua prestação.

#### 3.1. Os efeitos da exceção de inadimplemento

A exceção de inadimplemento é caracterizada por uma multiplicidade de efeitos práticos. Como visto nos itens 4.1 a 4.3 do Capítulo I, ela pode servir de base à defesa do réu contra a pretensão ao cumprimento, atuar como objeção direcionada a um pedido resolutorio e lastrear iniciativas judiciais ou extrajudiciais que poderíamos chamar de “defesa ativa” do excipiente. Em todos esses casos, dissemos no item 1.5 do mesmo Capítulo I, estão sempre presentes ao menos dois efeitos jurídicos: a *suspensão da exigibilidade da obrigação do excipiente* e, por conseqüência, a *não-imputabilidade dos efeitos de um inadimplemento ao excipiente*. Essa presença constante faz com que tais efeitos sejam considerados *essenciais* ao instituto, identificando, assim, sua função prático-jurídica – o que não só repercute sobre sua estrutura<sup>414</sup> como, a partir do art. 187 do Código Civil, serve de baliza para limitar seu exercício.

---

<sup>414</sup> Segundo Pietro Perlingieri, “[a] função do fato determina a estrutura, a qual segue – não precede – a função” (*O Direito Civil na legalidade constitucional*, cit., p. 642).

### 3.1.1. A suspensão da exigibilidade da prestação do excipiente

Efeito primordial da exceção de contrato não cumprido, a suspensão da exigibilidade da prestação devida pelo excipiente é a grande repercussão que o instituto produz na atividade contratual; é essa principal característica que o torna um mecanismo diferenciado dos outros instrumentos de tutela do contratante fiel, como a resolução contratual, a revisão por alteração das circunstâncias, a execução específica da obrigação ou a reparação dos danos. Como ressalta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, trata-se de efeito consistente numa “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”<sup>415</sup>. Na jurisprudência, o Min. WALDEMAR ZVEITER assim sintetizou a eficácia dilatória da exceção de inadimplemento: “[n]os contratos sinalagmáticos, não satisfeita a prestação, permite-se, pela regra da *exceptio non adimpleti contractus*, a qualquer dos pactuantes, *diferir o cumprimento da obrigação até que a outra parte execute a sua*”<sup>416</sup>. Comparada com aquelas e outras ferramentas, a exceção de inexecução atribui ao contratante fiel um modo potencialmente eficiente e de baixo custo para proteção de seus interesses, além de pouco propício a causar prejuízos ilegítimos ao excepto.

Da mesma forma que *a prestação do excipiente deixa de ser exigível* enquanto perdurar a inadimplência alheia, esse efeito dilatório, temporário por natureza, pode ser visto por outro ângulo: permite-se dizer que *a pretensão do excepto passa a ter sua eficácia temporariamente atingida* pelo seu próprio descumprimento. Daí porque, conclui PONTES DE MIRANDA, “oposta a exceção, a sua eficácia *encobre*, desde antes (*ex tunc*), a eficácia do direito de crédito contra o excipiente”<sup>417</sup>. SERPA LOPES sintetiza as duas perspectivas nos seguintes dizeres: “a *ex. n. ad. contractus* paralisa não só a ação como ainda neutraliza a exigibilidade do débito do excipiente, embora vencida a prestação”<sup>418</sup>.

---

<sup>415</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 159.

<sup>416</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 16.073/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, v. u., j. 13.04.1992.

<sup>417</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 6, Campinas: Bookseller, 2000, p. 56, grifos nossos.

<sup>418</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 135. No mesmo sentido, com a objetividade que lhe é característica, Orlando Gomes resume: “A exceção de contrato não cumprido paralisa a ação do exceto, tornando seu crédito inexigível” (*Contratos*, cit., p. 110).



Com a suspensão da exigibilidade da prestação do *excipiens*, o excepto fica privado de obter a satisfação de seu crédito pelos outros meios, diretos ou indiretos, que lhe seriam permitidos caso estivesse adimplente. Assim, não só o excipiente poderá recusar-se a prestar enquanto perdurar a inadimplência, bloqueando a pretensão do excepto ao cumprimento, como o inadimplente também estará impedido de lançar mão de ações possessórias ou dominiais para ter ou reaver o bem que lhe deveria ser entregue ou restituído, sendo-lhe ainda vedado excutir eventuais garantias fidejussórias ou reais que lhe tenham sido prestadas.

Na mesma linha, se a obrigação do excipiente consistir na entrega de bens fungíveis, sobretudo dinheiro, tampouco poderá o excepto extingui-la mediante uma possível compensação em seu favor – afinal, uma dívida *inexigível*, como é a que onera o contratante fiel, não pode ser compensada; embora a letra do art. 369 do Código Civil apenas estabeleça como requisitos à compensação serem as dívidas “líquidas, vencidas e de coisas fungíveis”, esclarece-se que “não pode haver dúvida quanto ao conteúdo e exigibilidade da dívida”<sup>419</sup>.

Ainda pelo mesmo princípio, se o excipiente estiver vinculado a uma obrigação de fazer, o excepto não poderá mandar terceiro executá-la à custa do devedor, solução atribuída pelo art. 248 do Código Civil à inexecução de prestação de fato<sup>420</sup>. Tampouco poderá o inadimplente desfazer, às custas do *excipiens*, ato praticado pelo último, se a obrigação suspensa for de não fazer; está-lhe igualmente impedido o recurso ao art. 251 do Código Civil<sup>421</sup>.

Quando houver pluralidade de sujeitos em um dos pólos da relação obrigacional, e sendo o objeto indivisível, o *excipiens* poderá recusar a cada uma de suas contrapartes a parcela que lhe couber na prestação devida, até que receba toda a contraprestação; já se o pagamento for ajustado por partes, ou se a obrigação for divisível, a *exceptio*

---

<sup>419</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, *Direito das obrigações*, Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 71, grifos nossos.

<sup>420</sup> “Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”. Maria Cruz Moreno chega à mesma conclusão, opinando sobre o Direito espanhol (*La exceptio non adimpleti contractus*, cit., p. 90).

<sup>421</sup> “Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfazer, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido”.

somente será oponível perante os inadimplentes, na forma do art. 314 do Código Civil<sup>422</sup>. Caso o excepto seja devedor solidário de outros, o excipiente poderá recusar-se ao cumprimento indistintamente perante todos os co-obrigados; trata-se de uma decorrência do art. 281 do Código Civil, segundo o qual “[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”. Sendo certo que a *exceptio* não é uma exceção pessoal, pois tem pressuposto no inadimplemento do contrato, poderá o *excipiens* opô-la, ainda que a inexecução correspectiva não seja imputável a todos os devedores solidários, estando legitimado a recusar o cumprimento<sup>423</sup>.

Vale lembrar que a exceção de inadimplemento não tem por finalidade conduzir à extinção das obrigações correspectivas, muito menos da relação contratual; como diz JOSÉ JOÃO ABRANTES, a *exceptio* mostra-se “como um meio de defesa que tende para a execução plena do contrato, e não para sua destruição”<sup>424</sup>. O efeito de que aqui se trata, frise-se, é suspender a exigibilidade da prestação do *excipiens* enquanto perdurar a inadimplência do excepto – efeito temporário, portanto. Se o excipiente ainda tiver interesse em obter a contraprestação, subsistirá sua obrigação de cumprir o pactuado, que poderá ser exigida tão logo o excepto preste ou assegure o cumprimento da prestação que lhe incumbe.

### 3.1.2. A não-imputabilidade dos efeitos do inadimplemento ao excipiente

O art. 476 do Código Civil legitima o excipiente a não cumprir a obrigação que lhe compete, caso o excepto não satisfaça a obrigação contraposta. Visualizado o conteúdo complexo das obrigações correspectivas, elas não constituem, cada, apenas um liame de débito entre o devedor perante o credor, como no antigo conceito romano; a obrigação sinalagmática não é um puro dever de prestar espelhado a um direito subjetivo de crédito. Ela guarda certo aspecto “condicional”, “causal”, no sentido empregado por RAYMOND SALEILLES, para quem, nos contratos sinalagmáticos, cada

---

<sup>422</sup> Araken de Assis, *Do direito das obrigações*, cit., pp. 683-684. Nas pp. 685-686, todavia, o autor sugere que, em função da interdependência prestacional, aplicar-se-á no mais das vezes o art. 258 do Código Civil, que estabelece a indivisibilidade jurídica da prestação dada a “razão determinante do negócio jurídico”.

<sup>423</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 124.

<sup>424</sup> José João Abrantes, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, cit., p. 129.

obrigação é “a causa jurídica da outra”<sup>425</sup> – noção posteriormente aprimorada por HENRI CAPITANT, ao dizer que a causa jurídica de uma obrigação não é a *existência* de outra obrigação a ela correspondente, mas sua *execução*<sup>426</sup>.

O contratante fiel não é, então, simplesmente obrigado a prestar; o conteúdo de seu dever jurídico é prestar *se e enquanto* a contraparte também o fizer. Daí se conclui que não podem ser imputados ao excipiente os efeitos jurídicos de um inadimplemento *strictu sensu*, pois sua recusa em cumprir tem fundamento de legitimidade na inadimplência do excepto. Não há, pois, violação de um dever jurídico de sua parte.

Conforme registra JUDITH MARTINS-COSTA, o fenômeno do inadimplemento pode ser avaliado sob três prismas: numa análise puramente *descritiva*, representa o não-cumprimento das normas que impõem ao *solvens* o dever de prestar ao credor no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Já num *conceito normativo*, e em *sentido lato*, inadimplemento significa a situação objetiva de não-realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa da qual a falta procede. Em termos mais *estritos*, inadimplir significa a não-realização da prestação devida, *enquanto devida*, ou seja, “a não-realização da prestação devida *na medida em que essa não-realização corresponda à violação da norma*”<sup>427</sup>.

Pelo conceito descritivo, com o perdão da tautologia, apenas se descreve o inadimplemento como a antítese do cumprimento. O conceito normativo amplo caminha em sentido semelhante, mas lhe confere conteúdo mais significativo: inadimplir, *lato sensu*, é *deixar de realizar a prestação devida* e, com isso, *deixar de atingir o interesse do credor*, independentemente da causa pelo qual isso se deu. Esse é o conceito utilizado para verificar-se qual inadimplência deve servir de gatilho apto a ensejar a oponibilidade da *exceptio*, conforme visto no item 2.2.3 do Capítulo II<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier Projet de Code Civil pour L'Empire Allemand*, 3. ed., Paris: LGDJ, 1914, p. 187.

<sup>426</sup> Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, cit., p. 39.

<sup>427</sup> Os conceitos descritos no parágrafo podem ser encontrados em Judith Martins-Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, cit., pp. 81-84; o trecho entre aspas está exclusivamente na p. 83, com grifos nossos.

<sup>428</sup> Cumpre reforçar, conforme o item citado, que o pressuposto da exceção de inadimplemento é a existência de um inadimplemento *lato sensu* porque a função do instituto, lembre-se sempre, é proteger o contratante fiel, na sua posição de devedor, de que não será obrigado a cumprir enquanto não lhe for assegurado o recebimento da prestação que lhe é devida (por consequência, enquanto não lhe for

Já o conceito normativo estrito tem a função de conceituar inadimplemento como *fenômeno capaz de imputar efeitos jurídicos ao devedor*; sendo a não-realização de um *dever jurídico*, representa a violação de uma *norma jurídica* pelo inadimplente, com o que o ordenamento lhe *imputa* conseqüências legais ou contratuais: a responsabilidade contratual, o transcurso de juros, a devolução de arras, o pagamento de cláusula penal e assim por diante. Para que esses efeitos sejam produzidos, portanto, deve o inadimplemento ser *imputável ao devedor*<sup>429</sup>.

Como a *exceptio* não é um mecanismo punitivo, sem qualquer função sancionatória, e tampouco, um instrumento reparatório, não interessa aos seus domínios os efeitos jurídicos potencialmente produzidos por uma inadimplência imputável, como aqueles listados acima. Tais efeitos dizem respeito apenas ao inadimplemento *strictu sensu*, que, como se viu, exige a *imputabilidade da conduta* ao excepto. Imputabilidade que não se verifica na hipótese de recusa *legítima* ao adimplemento, pois, se a inexigibilidade da obrigação do excipiente *decorre da inadimplência do excepto*, não lhe pode ser atribuída responsabilidade por qualquer inadimplemento quando recusa *legitimamente* o adimplemento da sua obrigação.

A ausência de cumprimento com base na *exceptio*, portanto, não dispara os efeitos jurídicos do inadimplemento *strictu sensu*, seja porque o excepto não pode se beneficiar de seu próprio descumprimento, seja porque o excipiente não viola qualquer dever jurídico em seu agir. Assim, o excepto não faz jus às conseqüências jurídicas do inadimplemento *strictu sensu*, como a exigibilidade de cláusula penal ou de multas contratuais, a devolução de arras ou o surgimento do direito à resolução; tampouco dos consectários da mora, como o transcurso de juros ou o alargamento da responsabilidade

---

garantido o atendimento de seus interesses). Logo, se o perfil funcional do instituto confere ao excipiente um mecanismo que o exime de cumprir enquanto não lhe for assegurado que seus interesses serão atingidos, mediante o cumprimento da prestação correspondente, é evidente que o requisito a preencher-se é a tão-só inexistência desse atendimento. Portanto, para que o excipiente possa oferecer a *exceptio non adimpleti contractus*, basta que a prestação não tenha sido cumprida, independentemente dos fatores que levaram a esse não-cumprimento. Em suma, o pressuposto da exceção de inexecução é a ocorrência de um inadimplemento *lato sensu*, cujo efeito é legitimar a recusa do excipiente em cumprir sua obrigação. Não há, da parte do excipiente, inadimplemento *strictu sensu*, pois a causa que torna sua obrigação ineficaz não lhe é imputável.

<sup>429</sup> Registre-se que o conceito de imputabilidade, para os fins do Direito Privado, não representa “inculpar, não é atribuir culpa, é atribuir *responsabilidade*. Responsabilizar é imputar, não é necessariamente inculpar” (Judith Martins-Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, cit., p. 88, grifos nossos).

do devedor pelos riscos da coisa<sup>430</sup>. Conforme já anotou o Min. BUENO DE SOUZA, “ante a procedência da *exceptio non adimpleti contractus*, (...) prejudicada fica, irremediavelmente, a alegação de *mora solvendi*”<sup>431</sup>.

Note-se que alguns estudiosos se referem à circunstância de que a *exceptio* pressuporia uma “*dupla inadimplência* (...), 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”<sup>432</sup>. Sem quereremos nos apegar a um jogo de palavras, compreendemos que tal menção se refere ao *conceito amplo de inadimplemento*, ou seja, à noção de *inexistência de adimplemento*, independentemente das circunstâncias objetivas e subjetivas que cercam essa circunstância. Não há, no entanto, *inadimplemento em sentido estrito*.

Em sentido semelhante, poder-se-ia pensar em qualificar a *exceptio* como uma espécie de *excludente de ilicitude do inadimplemento do excipiente*, ou uma *causa justificativa do incumprimento* do excipiente<sup>433</sup>. Preferimos, todavia, considerar simplesmente *inexistente* qualquer inadimplemento *strictu sensu*, dada a inimputabilidade da inadimplência ao contratante fiel – dito de outra maneira, não é que ele cometa um *ilícito justificado*; ele simplesmente age “no exercício normal de um direito reconhecido”<sup>434</sup>.

### 3.1.3. Outras conseqüências decorrentes da exceção de inadimplemento

Sendo a recusa ao adimplemento um dos principais efeitos da *exceptio*, se a prestação a que o excipiente estiver obrigado consistir na transferência de posse ou direito sobre coisa certa, surge a dúvida sobre sua eventual responsabilidade pela administração e conservação do bem enquanto perdurar a inadimplência do excepto.

<sup>430</sup> Nesse sentido, cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 135.

<sup>431</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 11.329/SP, Rel. Min. Bueno de Souza, v. u., j. 24.11.1992.

<sup>432</sup> Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 129, grifos nossos.

<sup>433</sup> É a opinião de José João Abrantes, *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*, cit., p. 128.

<sup>434</sup> Silvio Rodrigues, “Contrato de empreitada (...). *Exceptio non adimpleti contractus* (...). Prazo contratual (...). Mora (...). Multa contratual (...). Da compensação (...)”, in *Direito civil aplicado*, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 225.

Analisando a questão à luz do Código Civil português de 1867, ADRIANO VAZ SERRA opina que o excipiente tem o dever de conservar e administrar a coisa durante o período de exercício da *exceptio*, respondendo perante o excipiente por culpa em caso de perda ou deterioração da coisa a prestar<sup>435</sup>. Essa orientação não foi seguida por SERPA LOPES, para quem o excepto se equipara ao credor moroso<sup>436</sup>, o que atrairia ao caso a aplicação do art. 400 do Código Civil, segundo o qual a *mora accipiendi* “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” (grifos nossos).

Além disso, na hipótese de o bem render frutos na pendência da suspensão, o excipiente poderá percebê-los e retê-los enquanto perdurar a situação de inadimplência da contraparte, aplicando-se-lhe as regras do possuidor de boa-fé. Não é facultado ao excipiente compensar eventual dívida sua com possíveis rendimentos decorrentes da percepção dos frutos pelo *excipiens* durante o estado de suspensão das obrigações correspectivas<sup>437</sup>.

Ainda no campo dos efeitos da *exceptio*, é de se questionar se algumas de suas manifestações teriam o condão de interromper o curso da prescrição da pretensão titularizada pelo excepto, pois, conforme assinala HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, sua alegação pelo demandado “pressupõe o reconhecimento da existência da obrigação do réu”<sup>438</sup>. Haveria aí, então, um “ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor” (art. 202, VI, do Código Civil)?

A questão evidentemente não se põe quando a *exceptio* funcionar como defesa indireta do réu em juízo, pois a prescrição já terá sido interrompida com o despacho

---

<sup>435</sup> Adriano Vaz Serra, “Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)”, cit., p. 110.

<sup>436</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 313-314.

<sup>437</sup> Nesse sentido, cf. Paulo Sérgio Velten Pereira em *A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*, cit., p. 166.

<sup>438</sup> Humberto Theodoro Júnior, “Exceção de contrato não cumprido – Aspectos materiais e processuais”, cit., p. 17.

dirigido à citação (art. 202, I, do Código Civil<sup>439</sup>). Todavia, a dúvida permanece naquelas hipóteses em que o réu se defende em ação resolutória, nas circunstâncias em que o próprio excipiente toma a iniciativa judicial e, principalmente, nos casos em que o contratante fiel suspende extrajudicialmente o cumprimento de sua prestação, tendo como pretexto a inadimplência do excepto.

Quando o excipiente diz “eu não posso ser obrigado a cumprir enquanto não tu cumprires ou não ofereceres o que te cabe”, indiretamente reconhece que *deve*, embora não *naquela momento e naquelas circunstâncias*; sua defesa explora a *inexigibilidade* da pretensão autoral. Dessa maneira, se essa pretensão ainda não se tornou *exigível*, não há ainda prescrição a correr, do que se conclui que a *exceptio* não tem aptidão para interromper a prescrição. Muito embora a exceção de inadimplemento seja, sim, uma forma de reconhecimento da *existência e validade* de uma obrigação correspectiva, ela mesma representa uma causa de *ineficácia temporária*, de *inexigibilidade* da prestação. E é justamente a *exigibilidade* de uma pretensão, a possibilidade de exercê-la, o fator que dispara o curso da prescrição<sup>440</sup>. Se ainda não há prescrição a interromper-se, a alegação da *exceptio* certamente não o fará<sup>441</sup>.

Questionam-se ainda quais seriam as conseqüências da alegação da *exceptio* perante o cronograma contratual. Como se sabe, e nunca é demais repetir, o principal efeito da exceção de inadimplemento é permitir ao excipiente suspender o oferecimento de sua prestação enquanto a contraparte não cumprir o que lhe cabe, faculdade que

---

<sup>439</sup> “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”.

<sup>440</sup> Nesse sentido, cf. José Carlos Barbosa Moreira, “Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, vol. 11, jul./set. 2002, pp. 71-73. Nessa linha, cabe tecer ligeira crítica à redação do art. 189 do Código Civil de 2002, segundo o qual “[v]iolado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Não nos parece ser a *violação de um direito* o fator que dispara o curso da prescrição, mas o surgimento de uma *pretensão exigível*. Há pretensões exigíveis que independem de violação de direitos, como é o caso da pretensão ao recebimento de dividendos de sociedades por ações, cuja prescrição se dá no prazo de três anos, conforme o art. 287, II, *a*, da Lei nº 6.404, de 1976, contado “da data em que tenham sido postos à disposição do acionista”. Ou seja, a pretensão aos dividendos não nasce a partir da violação de um direito (como seria, no caso, a exigência do acionista não atendida pela companhia), mas tão-somente a partir do momento em que os valores sejam postos à disposição do acionista. Além disso, o reconhecimento de a *pretensão exigível* ser o gatilho que dispara os efeitos da prescrição, e não a *violação de um direito*, auxilia o intérprete a solucionar casos em que o direito é violado, mas o titular da pretensão não se encontra *fática e efetivamente* possibilitado de exercê-la.

<sup>441</sup> Por isso Araken de Assis afirma que, “oposta a exceção extrajudicialmente, o prazo fluiirá inexoravelmente” (*Do direito das obrigações*, cit., p. 693).

decorre da lei. Assim, se o regulamento contratual não esclarecer o ponto, como ficam os prazos contratuais ainda vincendos? Devem ser eles prorrogados pelo mesmo período em que o excipiente tiver suspenso sua prestação?

A questão, como de costume, parece ser de interpretação contratual. É inviável ao intérprete recolher em abstrato a resposta para esse problema tão-somente a partir das características da *exceptio non adimpleti contractus*. Cumprir-lhe-á verificar a declaração negocial em sua amplitude – cláusulas contratuais, circunstâncias concretas, motivos determinantes, tempo do contrato, finalidade perseguida pelos contratantes, atividade das partes etc. –, conforme determina o art. 112 do Código Civil, para perceber se a dilação ocorrida por meio da exceção de inadimplemento deve, à luz do programa contratual, produzir uma alteração no cronograma previsto<sup>442</sup>.

Não sendo possível extrair-se essa conclusão pelos elementos textuais e contextuais postos à disposição do intérprete, deverá ser aplicada a regra do art. 113 do Código Civil, que traz os principais mecanismos integrativos de hermenêutica contratual: *interpretação conforme a boa-fé* e os *usos do lugar de celebração do contrato*, com destaque para a primeira, em especial quanto ao seu papel de impedir que se exija do devedor um esforço desproporcional àquele que seria exigível a outrem em circunstâncias similares.

#### 3.1.4. Os efeitos da exceção de inadimplemento perante terceiros

Sendo instrumento de defesa do contratante fiel perante a contraparte inadimplente, é natural que os efeitos da exceção de inexecução sejam, no mais das vezes, produzidos apenas *inter partes*. Mas há casos, corriqueiros até, em que a recusa ao adimplemento pode ser oposta perante sujeitos outros que não o excipiente.

Viu-se no item 2.1.4.2 do capítulo anterior que, em situações de coligação contratual, o excipiente pode negar-se a cumprir obrigação contraída perante contratante que não exatamente o inadimplente; repetindo-se o exemplo, é o caso do adquirente de

---

<sup>442</sup> À guisa de exemplo, se a natureza das prestações em intercâmbio for tal que a execução de uma dependa da execução anterior ou simultânea da outra (como a liberação de verbas diretamente destinadas a custear etapas a serem concluídas por um empreiteiro), pode ser razoável, conforme as circunstâncias concretas, conferir-se ao excepto uma dilação do prazo para conclusão de seu ofício, proporcional ao período suspenso.



mercadoria mediante financiamento que, diante de defeitos da coisa, se recusa a pagar prestações pecuniárias devidas a uma instituição financeira. Muito embora não tenha sido o agente financeiro responsável pelo incumprimento, não faria sentido ao comprador permanecer obrigado a pagar sem a garantia de que seus interesses contratuais seriam atingíveis. Daí porque se admite a invocação da *exceptio*.

A oponibilidade da exceção de contrato não cumprido ainda subsiste quando houver cessão de crédito, assunção de dívida ou cessão de posição contratual. A legitimidade da recusa ao adimplemento se funda na inadimplência da contraparte, e não na qualidade pessoal do excepto. Desse modo, transferida a obrigação inadimplida, permanece o excipiente com a faculdade de suspender sua prestação enquanto perdurar a inadimplência alheia, na linha do que dispõem os arts. 294<sup>443</sup> e 302<sup>444</sup> do Código Civil. O mesmo pode ser dito com relação às hipóteses de sucessão *causa mortis*; como ensina SAN TIAGO DANTAS, a *exceptio* pode ser oposta “entre um dos contratantes e os sucessores do outro, ou, ainda, entre os sucessores de ambos os contratantes”<sup>445</sup>.

Quanto aos títulos de crédito, a oposição da *exceptio non adimpleti contractus* é viável enquanto não tenham circulado, na forma do art. 915 do Código Civil, segundo o qual o devedor pode opor “exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador” ou relacionadas à “falta de requisito necessário ao exercício da ação”<sup>446</sup>. Nos casos de títulos cambiais vinculados a contratos, a *exceptio* é cabível ainda que estejam em circulação, consoante a jurisprudência brasileira, pois a atrelação ao negócio subjacente elimina a abstração da cártula<sup>447</sup>. Caso o título abstrato tenha entrado em

---

<sup>443</sup> “Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente”.

<sup>444</sup> “Art. 302. O novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo”.

<sup>445</sup> Francisco Clementino de San Tiago Dantas, *Programa de direito civil*, vol. 2, cit., p. 190.

<sup>446</sup> Nesse sentido, cf., à guisa de exemplo, TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2009.002.21626, v. u., j. 16.06.2009: “DUPLICATA. EXECUÇÃO. TÍTULO DE CRÉDITO COM ACEITE. ENDOSSO DO TÍTULO A TERCEIRO. DIREITO PRÓPRIO, LITERAL E AUTÔNOMO DO ENDOSSATÁRIO. O título cambial transferido a terceiro mediante endosso outorga-lhe direito próprio, literal e autônomo. É dizer, o título se desprende da causa originária por força do atributo da autonomia das obrigações. Desse modo, a exceção que poderia o sacado-aceitante opor ao sacador-emitente não pode ser invocada em face do endossatário do título. Além disso, o aceite da duplicata denota o reconhecimento do negócio originário, que legitimou a sua criação, tornando líquida e certa a obrigação. Com o aceite, não se pode mais reconhecer qualquer nulidade do título ou mesmo opor a exceção do contrato não cumprido. Portanto, a discussão pertinente à relação jurídica travada entre compradora (aceitante) e vendedora (emitente) não impede a execução do título de crédito promovida pelo endossatário. Provimento do recurso”.

<sup>447</sup> A respeito, veja-se o bem lançado acórdão a seguir: “CHEQUE. ENDOSSO EM PRETO. CIRCULAÇÃO. PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA E ABSTRAÇÃO. INOPONIBILIDADE DAS EXCEÇÕES. Cheque emitido pela

circulação, ao excipiente caberá apenas alegar a exceção de inadimplemento na hipótese do art. 916, pelo qual as “exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé”.

No que tange às estipulações em favor de terceiro, a *exceptio* pode ser oposta pelo promitente tanto em face do estipulante como perante o beneficiário, tendo por base o inadimplemento do estipulante – afinal, o terceiro fica sujeito “às condições e normas do contrato”, conforme o art. 436, parágrafo único, do Código Civil.

### 3.2. A ineficácia da exceção de inadimplemento

Vistos acima os efeitos da exceção de inadimplemento, serão agora examinados os fatores que levam à sua ineficácia – isto é, à incapacidade, congênita ou superveniente, de a *exceptio* operar seus efeitos. São circunstâncias que SERPA LOPES identifica como *modos terminativos* e *causas impeditivas* da exceção de inadimplemento; em síntese, os modos terminativos seriam os meios de extinção das obrigações, enquanto as causas impeditivas seriam a renúncia e a prescrição<sup>448</sup>.

O direito de suspender a execução de uma obrigação correspectiva tem, naturalmente, eficácia temporária – afinal, trata-se de uma *suspensão*. As principais

---

Apelada em favor da CCPL, tomadora. Título que *configura parte do preço de venda de imóvel, com previsão contratual de suspensão do pagamento parcelado se determinada condição não fosse atendida*. Pelo contrato, estipulou-se que o tomador poderia negociar os cheques, o que foi feito, com endosso em preto à Apelante, mas lhe dando ciência expressa do negócio. O ponto nodal do litígio se situa em saber se a Apelada poderia deixar de pagar o cheque porque o contrato de compra e venda do imóvel não foi totalmente honrado. Sem dúvida, uma das características dos títulos de crédito é a autonomia das relações cambiárias, e, as vezes, dependendo da cambial, a abstração. Da primeira característica decorre o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais. Todo o problema se situa quando o tomador pôs em circulação o cheque e a Apelada deixou de honrá-lo porque o contrato de compra e venda do imóvel não foi totalmente cumprido pelo tomador-endossante. Portanto, indaga-se: estaria o cheque abstraído da causa em virtude da qual foi emitido? Em caso negativo, como ficaria a autonomia da relação entre tomador e Apelante? A resposta deve ser negativa porque o tomador-endossante teve o cuidado de cientificar o Apelante, endossatário, sobre a existência do negócio jurídico ao qual o cheque estava vinculado e este o recebeu sabendo de todos os riscos e, certamente, das cláusulas expressas, pois dificilmente, ante o volume de valor e a qualidade das pessoas jurídicas envolvidas, deixou de verificar os termos da avença. Todas estas circunstâncias autorizam a oposição de exceção de contrato não cumprido, ainda que a avença vincule apenas Apelada e tomador. Recurso desprovido, nos termos do voto do Desembargador Relator” (TJRJ, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.001.26027, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, v. u., j. 02.08.2006).

<sup>448</sup> Abrimos mão de classificar os fatores a seguir nas categorias propostas por Serpa Lopes, já que, por exemplo, a renúncia promovida após o surgimento do direito a não cumprir pode ser tida como um modo de extinção da faculdade de exercê-lo, e não necessariamente um meio de impedi-lo, tal como a prescrição, fruto da inércia do excipiente, não deixa de ter certa natureza extintiva.

manifestações do direito consagrado pelo art. 476 do Código Civil possuem o propósito de evitar que a parte diligente seja compelida a prestar *enquanto não lhe seja oferecida ou assegurada* a contraprestação, dando-lhe uma feição dilatória. E mesmo quando a regra é alegada em defesa direta perante uma ação de resolução, caso em que inexistente uma exceção de mérito dilatória, a eficácia suspensiva da regra codificada se produz desde o momento em que não se atribuem ao contratante fiel os efeitos de um inadimplemento imputável<sup>449</sup>.

Durante esse período em que a *exceptio* produz efeitos, há fatores supervenientes que podem incidir na relação contratual de modo a torná-la ineficaz, seja pelo atendimento de suas funções ou pela impossibilidade superveniente de atendê-las. Representam aquilo que se convencionou denominar *causas extintivas* ou *terminativas* da exceção de inadimplemento – melhor dizendo, causas extintivas ou terminativas de sua *eficácia*, pelo que preferimos referi-las como *fatores de ineficácia superveniente da exceção de inadimplemento*. Os mais comuns são aquelas circunstâncias que levam à *extinção das obrigações correspectivas*, com o que a potencialidade do mecanismo se esvazia: se não há mais obrigação a cumprir-se, deixa de haver prestação a ter sua exigibilidade suspensa.

### 3.2.1. A extinção das obrigações como fator de ineficácia superveniente

Os principais meios de extinção das obrigações são delineados pelos arts. 304 a 388 do Código Civil, componentes de título cuja epígrafe é eloqüente: “Do Adimplemento e Extinção das Obrigações”. Tais meios, no que nos interessa, são o *pagamento*, a *novação objetiva*, a *compensação*, a *confusão* e a *remissão das dívidas*. Além destes, acresça-se a *impossibilidade definitiva superveniente*, que, embora não seja objeto de capítulo específico, é tratada por diversas regras esparsas ao longo do Livro do Direito das Obrigações (notadamente os arts. 248, 250, 254, 255, 256 e 279).

---

<sup>449</sup> O mesmo pode ser dito acerca da cobrança pelo correspectivo de uma obrigação inadimplida cujo credor não tem mais interesse no cumprimento, como no exemplo da cliente de clínica estética demandada ao pagamento de cirurgia insatisfatória e prejudicial à sua saúde (cf. item 1.4.1 do Capítulo I *supra*).

O Código Civil nomeia *pagamento* aquilo que também se convencionou denominar *adimplemento*, *cumprimento* ou *execução* das obrigações<sup>450</sup>. Apesar de a lei não definir seu conteúdo em um dispositivo claro e direto, não há maiores prejuízos ao intérprete: basta recorrer-se a uma interpretação *a contrario sensu* do art. 394 e do art. 395, parágrafo único, do Código Civil para ver-se que o pagamento deve ser realizado “no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”, conduzindo a um resultado “útil ao credor”<sup>451</sup>. E embora o sentido coloquial do vocábulo “pagamento” esteja vinculado à *solutio* de uma obrigação pecuniária, conforme aponta JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, o termo evidentemente merece ser lido de modo mais amplo, como “a realização da prestação, observados todos os seus requisitos concretos, pelo devedor”, ou ainda como “a realização de todos os interesses envolvidos na relação e emanados do vínculo”<sup>452</sup>.

Por representar o cumprimento da prestação e a realização dos interesses envolvidos na relação contratual, o adimplemento da obrigação torna a *exceptio non adimpleti contractus* ineficaz, pois o mecanismo deixa de ter propósito – o contratante fiel pode recusar sua prestação até que a contraparte preste aquilo que lhe cabe; adimplida pelo excepto sua obrigação, o excipiente não terá interesse jurídico legítimo em recusar sua prestação, que se torna exigível (ou torna a sê-lo). Na mesma linha, as funções secundárias do instituto já terão sido atingidas (meio de pressão, “garantia indireta” etc.), assim como sua função precípua perderá razão de ser: se o cumprimento satisfatório já ocorreu, não há risco de o contratante prestar sem que lhe seja assegurado o recebimento do correspondente, e sua eventual recusa ser-lhe-á imputável como inexecução.

As demais formas de extinção das obrigações também produzem a ineficácia da exceção de inadimplemento. Se, após um estágio inicial de inadimplência, excipiente e excepto firmarem uma *novação objetiva*, aquela obrigação até então inadimplida será extinta e substituída por uma nova relação jurídica obrigacional<sup>453</sup>. A *exceptio non adimpleti contractus* somente poderá ser exercida após uma nova inadimplência que

---

<sup>450</sup> Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *Direito das obrigações*, cit., p. 193.

<sup>451</sup> Nessa linha, cf. Judith Martins-Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, cit., pp. 67-68.

<sup>452</sup> O autor sugere serem estes, respectivamente, os conceitos *simples* e *complexo* da idéia de “pagamento” (Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Adimplemento e extinção das obrigações*, cit., pp. 41-42).

<sup>453</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 111.

infrinja o conteúdo da obrigação substitutiva. De igual maneira, a *compensação* entre a obrigação a que tem direito o *excipiens* e uma eventual dívida sua que venha a vencer em benefício do excepto, ao produzir a extinção de ambas, afetará diretamente a eficácia da exceção de contrato não cumprido. O mesmo pode ser dito quanto à eventual *remissão da dívida* do excepto pelo *excipiens*, que igualmente extingue a obrigação, e também quanto aos casos de *confusão*, por razão óbvia: a exceção de inadimplemento perde sentido quando excipiente e excepto se confundem sob a mesma titularidade, e as dívidas se extinguem.

Nas situações em que a novação objetiva, a compensação, a confusão ou a remissão não sejam integrais, extinguindo apenas parcela de determinada dívida, ressalva-se a possibilidade de a exceção de inadimplemento continuar sendo oponível: o conteúdo da obrigação inadimplida que permanecer eficaz poderá justificar a recusa do contratante fiel, na proporção do que houver remanescido (à semelhança do que se verá no item 4.2.1 do Capítulo IV *infra*, sobre a *exceptio non rite adimpleti contractus*).

A exceção de contrato não cumprido também resulta ineficaz “se a prestação se tornou impossível”<sup>454</sup>. Nesse caso, tal como nos institutos analisados acima, as obrigações correspectivas se extinguem, porém com a particularidade de que o interesse do credor não é satisfeito. Diante de tal cenário, se o excipiente tiver recusado sua prestação, à espera da contraprestação, e, por qualquer motivo, sobrevier uma impossibilidade definitiva ao cumprimento de uma das obrigações contrapostas (ainda que seja aquela devida pelo próprio excipiente), a *exceptio* perderá lugar por força da extinção da relação contratual, em consequência da impossibilidade. O mesmo se dá quando a satisfação do interesse de qualquer das partes se tornar impossível, ainda que pelo descumprimento de outras obrigações relativas ao negócio.

Não se requer para tanto que a impossibilidade seja imputável aos contratantes – fator que terá relevância para outros fins, como para apurar-se a responsabilidade contratual por danos ou a aplicação de multas e cláusulas penais, mas não será decisivo para conduzir à ineficácia da exceção. Sua operabilidade se esvai independentemente do fato que deu origem à impossibilidade definitiva ou de quem lhe deu causa, pois as

---

<sup>454</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 111.

obrigações estarão naturalmente extintas e a relação contratual, a caminho de um procedimento de liquidação.

Novamente importa ressaltar que, tal como nos casos de extinção com satisfação do interesse do credor, a impossibilidade definitiva *parcial* não eliminará por completo os efeitos da *exceptio non adimpleti contractus*. Permanecendo eficaz parcela significativa das obrigações correspectivas, ou das demais obrigações contidas no contrato, haverá tão-somente resolução parcial da relação contratual, e a exceção de inadimplemento continuará sendo oponível perante as prestações que restarem devidas.

### 3.2.2. A prescrição da exceção de inadimplemento

Costuma-se apontar que a oposição da *exceptio non adimpleti contractus* pode ser impedida por operarem-se os efeitos da prescrição. Durante a vigência do Código Civil de 1916, o tema se inseria numa discussão maior, que era sobre a prescritibilidade das exceções em geral. O art. 190 do Código Civil de 2002 teve o objetivo de dissipá-la, ao estabelecer que “a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”<sup>455</sup>. Com isso se tem dito que “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.”<sup>456</sup>.

Conforme aludido no item 1.5 do Capítulo I, somos do entendimento de que a exceção de inadimplemento, segundo a roupagem que lhe dá o art. 476 do Código Civil, não é apenas uma exceção substancial dilatória, mas a manifestação de um *direito potestativo* de recusar-se o cumprimento enquanto a contraparte não oferecer ou

---

<sup>455</sup> Para uma análise específica sobre o problema da prescritibilidade das exceções, já à luz do Código Civil de 2002, cf. Yussef Said Cahali, *Prescrição e decadência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 39-42. Sob o regime antigo, v. Antônio Luiz da Câmara Leal, *Da prescrição e da decadência*, São Paulo: Saraiva, 1939, pp. 58-61; e Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., pp. 341-355.

<sup>456</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 114-115.

assegurar a contraprestação. E os direitos potestativos não se submetem a prazos prescricionais, conforme o entendimento consolidado em nosso Direito<sup>457</sup>.

No entanto, o exercício da *exceptio non adimpleti contractus* será diretamente afetado pela prescrição que se abater sobre a pretensão do excipiente à prestação devida pelo excepto, caso haja prazos diferentes entre as pretensões titularizadas por cada um dos contratantes<sup>458</sup>. É que, para que esse direito a não cumprir seja invocável, conforme aludimos no item 2.3 do Capítulo II, faz-se indispensável que a contraprestação devida ao excipiente seja *exigível* – qualidade inexistente se sua pretensão estiver prescrita. Isto é, se a pretensão do excipiente tiver sido atingida pela prescrição, não haverá espaço para o oferecimento da *exceptio*, diante da inexigibilidade da prestação que lhe é devida – assim como seria diante de um termo ou de uma condição suspensiva em benefício da contraparte.

O uso de exemplos ajuda à compreensão do ponto. Imagine-se contrato de empreitada pelo qual se estabeleça que o dono da obra deva efetuar adiantamento em dinheiro, em janeiro de 2010, e que o empreiteiro deva encerrar seus trabalhos em janeiro de 2016, quando será credor de nova quantia em dinheiro. Suponha-se que o dono da obra deixe de pagar integralmente a parcela inicial, por razões quaisquer, e que as partes mantenham negociações para resolver a inadimplência financeira, sem, contudo, levar à interrupção da obra, o que somente ocorre em março de 2015. Nesse cenário, caso o dono da obra ajuíze ação pleiteando a conclusão da empreitada, o empreiteiro não poderá opor a *exceptio non adimpleti contractus*; afinal, passados cinco anos sem que este tenha tomado iniciativas aptas a interromper a prescrição, sua pretensão ao recebimento integral da parcela inicial – dívida líquida constante de instrumento particular (art. 206, § 5º, I) – terá se tornado *inexigível*. Isto é, não poderá o empreiteiro dizer que *não cumprirá enquanto o dono da obra não pagar integralmente a parcela inicial*, porque não poderá mais exigir o pagamento por crédito prescrito. De

---

<sup>457</sup> Nesse sentido, cf. o estudo paradigmático de Agnelo Amorim Filho, “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 836, jun. 2005, pp. 733-763.

<sup>458</sup> É a opinião de Araken de Assis, *Do direito das obrigações*, cit., p. 694; e de Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 354. Em sentido contrário, cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26, cit., p. 125.

outra parte, a pretensão do dono da obra continuaria exigível em juízo, pois apenas prescreveria em dez anos (segundo o prazo geral do art. 205).

Portanto, não é equivocado dizer-se que a exceção de inadimplemento se esvazia com a prescrição da pretensão detida pelo excipiente – desde que se compreenda o porquê desse resultado, que não decorre de uma eventual natureza de exceção<sup>459</sup> do instituto, mas da ausência de um de seus pressupostos: se não houver pretensão exigível em favor do excipiente, não estarão presentes os requisitos para o oferecimento da exceção de inadimplemento. Mais do que isso: se não houver pretensão exigível, a *exceptio non adimpleti contractus* será absolutamente incapaz de atingir sua função, que é de garantir ao excipiente não ser obrigado a cumprir sem que se lhe assegure o correspondente. Daí porque, havendo prazos prescricionais distintos para a pretensão de cada um dos contratantes, a eventual ocorrência de prescrição contra o excipiente lhe impedirá de lançar mão da exceção de inadimplemento, caso seu prazo seja menor.

### 3.2.3. A renúncia ao exercício da exceção de inadimplemento

Ao consistir no exercício de um direito potestativo, a exceção de contrato não cumprido pode ser classificada, conforme anota ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, como um *elemento categorial derogável* da classe dos contratos sinalagmáticos<sup>460</sup>. Logo, está-se no campo das situações patrimoniais disponíveis, do que se extrai a plena renunciabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* – desde que a renúncia obedeça aos requisitos de validade fixados pela legislação brasileira (notadamente aqueles inscritos nos arts. 138 a 184 do Código Civil) e atenda aos eventuais limites que lhe sejam impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos seus fins econômicos e sociais

<sup>459</sup> O argumento da natureza da *exceção dependente* é decisivo, por exemplo, para Rafael Villar Gagliardi: “[p]ela 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. (...) [S]eja 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” (*A exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 240-241, grifos nossos). Reconhece-se, no entanto, que os dois raciocínios (“natureza de exceção dependente” e “ausência de pressupostos”) chegam à mesma conclusão, e sequer são excludentes, mas complementares – o primeiro atenta à manifestação do fenômeno no processo, enquanto o segundo mantém o foco no fenômeno em si.

<sup>460</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 37: “São exemplos de elementos categoriais naturais [e, portanto, derogáveis]: (...) a suposição de que prestação e contraprestação devam ser cumpridas simultaneamente, nos contratos bilaterais (primeira parte do art. 1.092 do CC, execução *donnant donnant*, possibilitando a *exceptio non adimpleti contractus*”.



(art. 187). A espécie mais conhecida de renúncia à oposição da *exceptio* consiste no estabelecimento da chamada cláusula *solve et repete*, renúncia prévia e expressa cujos contornos específicos serão objeto de análise no item 3.3 *infra*.

Entende-se por renúncia o “negócio jurídico dispositivo pelo qual o titular de um direito extingue esse direito”<sup>461</sup>; a renúncia ao exercício da *exceptio*, portanto, consiste na declaração negocial do excipiente pela qual este abre mão do direito de recusar o cumprimento de uma prestação diante do inadimplemento do excepto. Essa renúncia pode tanto ocorrer antes como após o surgimento do direito à recusa (que se dá a partir da inadimplência alheia), sob a forma tácita ou expressa<sup>462</sup>.

Imagine-se situação em que um empreiteiro deixe de concluir tempestivamente certa etapa do cronograma de uma empreitada, por encontrar-se em dificuldades financeiras. Haveria renúncia expressa à *exceptio* se o dono da obra comunicasse à contraparte, mediante correspondência, que não suspenderia seus pagamentos periódicos para não o conduzir à ruína. Diante da mesma inadimplência, haveria renúncia tácita, por exemplo, se o empreiteiro desse ciência ao dono da obra sobre o iminente descumprimento do prazo e este, verificado o inadimplemento, solicitasse emissão de fatura para providenciar o pagamento da prestação vencida (embora inexigível, dado o inadimplemento). Também o próprio cumprimento da prestação, antecipado ou em conformidade ao programa contratual, é considerado por alguns autores como uma espécie de renúncia tácita ao exercício da *exceptio*<sup>463</sup>.

Registre-se que a renúncia à *exceptio*, por si só, não afeta a pretensão do excipiente ao cumprimento integral da obrigação que lhe é devida. O conteúdo da renúncia é tão-somente desfazer-se do direito de recusar *a própria prestação*, tendo-se por base a inadimplência alheia; sua existência não conduz necessariamente à renúncia à pretensão condenatória do excipiente perante o excepto<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> José Paulo Cavalcanti, “Renúncia: definição e generalidades”, in *Direito civil (escritos diversos)*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 109.

<sup>462</sup> Nessa linha, v. Araken de Assis, *Do direito das obrigações*, cit., pp. 695-696.

<sup>463</sup> É o que entende Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 232-233.

<sup>464</sup> A pretensão condenatória também pode ser objeto de renúncia específica separada – embora se questione sua renunciabilidade prévia, congênita ao contrato, por aproximar-se de uma condição que “[priva] de todo efeito o negócio jurídico, ou o [sujeita] ao puro arbitrio de uma das partes” (art. 122 do Código Civil).

O não-uso da *exceptio*, quando oponível, não consiste necessariamente numa renúncia. Por ser direito potestativo, seu titular tem a *faculdade* de exercê-lo ou não, podendo fazê-lo no momento que lhe for mais oportuno<sup>465</sup>. A mera tolerância com o descumprimento não representa, pois, renúncia à exceção de inadimplemento; num contrato de longa duração, observados certos limites, o excipiente pode aceitar a inadimplência pelo excepto até o momento que esta lhe seja incômoda o suficiente para que se recuse a prestar o que lhe cabe.

Pelo mesmo motivo, a renúncia à *exceptio* não deve ser confundida com algumas limitações impostas pela boa-fé ao direito de oferecê-la, como aquelas relacionadas à vedação ao *venire contra factum proprium*, quando a consolidação de condutas do excipiente é capaz de atribuir ao excepto a confiança legítima de que tal direito não será mais exercido. Como anota JOSÉ PAULO CAVALCANTI, “no não-exercício o titular não usa do seu direito, mas sua vontade não se pronuncia pela eliminação desse direito, o que acontece na renúncia”<sup>466</sup>. De outra parte, a vedação aos comportamentos contraditórios não se atém à *vontade* do excipiente em desfazer-se do seu direito, mas à *confiança que seu comportamento desperta* perante o excepto. O tema será retomado no item 4.1.2 do Capítulo IV *infra*.

#### 3.2.4. A prestação de caução pelo excepto obsta a exceção de inadimplemento?

Ainda no tema da ineficácia da *exceptio non adimpleti contractus*, é importante avaliarmos se ao excepto deve ser reconhecido o direito de, prestando caução, impedir a recusa de cumprimento pelo excipiente. Essa possibilidade é expressamente reconhecida pela parte final do art. 477 do Código Civil para as hipóteses de aplicação da *exceção de insegurança*, podendo o contratante em dificuldade patrimonial obstar a recusa da prestação caso “dê garantia bastante de satisfazê-la”. Seria o caso de importar o mesmo raciocínio à exceção de inadimplemento? A questão foi objeto do exame de SERPA LOPES, para quem “se o autor-devedor, em face da oposição da *exc. n. ad. cont.*,

<sup>465</sup> Vale ressaltar que esse “momento mais oportuno” pode estar submetido a eventuais limitações processuais. Assim, por exemplo, segundo alguns processualistas, se, demandado numa ação de cobrança, o excipiente deixar de oferecer a *exceptio non adimpleti contractus* em sua contestação, operar-se-ia a preclusão em favor do excepto (cf., por todos, William Santos Ferreira, “Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – Compatibilizações materiais e processuais”, cit., p. 548).

<sup>466</sup> José Paulo Cavalcanti, “Renúncia: definição e generalidades”, cit., p. 170.

presta uma caução para garantir a realização da contraprestação não cumprida, cessam os efeitos da *exceptio*”<sup>467</sup>.

Parece-nos, novamente, que o recurso à função do instituto trará a resposta adequada ao problema formulado. Se o propósito da exceção de inadimplemento é garantir ao contratante fiel, na sua condição de devedor, que não será obrigado a prestar sem que lhe seja garantido o *cumprimento da obrigação correspectiva* (ou seja, o *atendimento de seus interesses contratuais*), soa-nos que o oferecimento de garantia não seja suficiente para impedir a legitimidade da recusa pelo excipiente.

Qualquer garantia, por mais robusta, jamais será suficiente para assegurar ao contratante fiel o *resultado útil da prestação a receber*. E a função precípua da *exceptio*, como vimos no item 1.6 do Capítulo I, não é evitar o empobrecimento do excipiente, mas assegurar-lhe que não será obrigado a prestar sem que se lhe garanta a *obtenção da contraprestação, o atendimento de seus interesses contratuais* – daí porque, a propósito, o instituto também possui as funções (secundárias) de levar ao cumprimento integral do contrato e pressionar o excepto a prestar.

Portanto, sendo o oferecimento de caução um mecanismo insuficiente para atender à função precípua da exceção de inadimplemento, e também insuficiente para fazer frente a algumas de suas funções secundárias, não nos parece, em princípio, aceitável que a prestação de garantias possa impedir a legitimidade da recusa ao cumprimento pelo excipiente, sobretudo quando a prestação devida e a garantia oferecida tiverem natureza distinta<sup>468</sup>.

Vale ressaltar que, nos casos em que a prestação a obter-se pelo excipiente for da mesma natureza que a caução prestada, não haverá propriamente o oferecimento de uma garantia, mas o oferecimento da própria prestação<sup>469</sup>, na linha do que impõem os arts. 582, *caput* e parágrafo único, e 615, IV, do CPC. Nessas circunstâncias, o manejo da

---

<sup>467</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 214.

<sup>468</sup> No mesmo sentido, também discordando de Serpa Lopes, cf. Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 241-244.

<sup>469</sup> Em sentido semelhante, cf. Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 242.

*exceptio* poderá ser obstaculizado<sup>470</sup>. Eis porque o oferecimento de garantias reais ou fidejussórias desvinculadas da natureza da obrigação a cumprir-se deve ser incapaz de aniquilar os efeitos da *exceptio non adimpleti contractus*; assim, por exemplo, se o excepto estiver obrigado a transferir a propriedade das ações de uma sociedade anônima, o oferecimento de uma fiança bancária, por mais sólida que seja, não será suficiente para assegurar o atendimento dos interesses do excipiente (que é tornar-se proprietário das ações). De outra parte, se as próprias ações forem depositadas em juízo, não haverá oferecimento de caução, mas oferecimento da *prestação*, caso em que a exceção de inadimplemento será atingida.

### 3.3. Os arranjos contratuais sobre a exceção de inadimplemento

Independentemente de previsão contratual, o dispositivo do art. 476 do Código Civil, conforme defendemos, atribui ao contratante diligente um direito a não cumprir, tendo por base o inadimplemento alheio, direito esse que tem natureza potestativa, patrimonial e disponível. Nada impede, todavia, que as partes, no exercício da autonomia privada, estabeleçam cláusulas com o fito de especificar o modo como esse direito pode (ou não) ser exercido ao longo da relação contratual.

A mais conhecida entre nossos autores, embora poucas vezes debatida em nossa jurisprudência, é a cláusula *solve et repete*, que representa uma espécie de renúncia antecipada ao exercício de determinados direitos potestativos, como a exceção de inadimplemento ou a resolução contratual<sup>471</sup>. No caso específico de obstaculizar-se o oferecimento da exceção de inexecução<sup>472</sup>, a cláusula *solve et repete* permite que seu beneficiário exija o cumprimento da obrigação alheia mesmo se estiver inadimplente;

---

<sup>470</sup> Mas é importante compreender que as regras processuais exigem “que o devedor se [proponha a] *satisfazer a prestação*”, que deposite em juízo “*a prestação ou a coisa*” ou que “[*assegure*] o cumprimento” da contraprestação. Não se fala em caução *lato sensu*.

<sup>471</sup> A cláusula *solve et repete* pode ser utilizada não apenas para impedir o manejo da *exceptio*, mas também para limitar a resolubilidade dos contratos por inadimplemento, por exemplo – embora haja, em doutrina, quem considere a resolução legal do art. 475 uma regra de ordem pública, impassível de ser afastada pelas partes e, portanto, infensa à *solve et repete*; é o caso de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, cit., pp. 33-36), opinião que não é acompanhada por Araken de Assis (*Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 50).

<sup>472</sup> Todas as menções que fizemos doravante à cláusula *solve et repete* terão como foco apenas sua manifestação para frear a oponibilidade à exceção de inadimplemento. Sua utilização para fins de renunciar à resolução do contrato por inadimplemento ou à consecução de outros direitos potestativos não será objeto de nossa análise. Para um estudo aprofundado do instituto em todas as suas manifestações, conforme a experiência italiana, cf. Eva Leccese, *La clausola solve et repete*. Milano: Giuffrè, 1998, *passim*.

isto é, aquele que se beneficia da *solve et repete* se torna imune a qualquer defesa baseada na sua inadimplência. Sendo assim, qualquer pretensão do contratante fiel somente poderá ser veiculada em ação autônoma, e não como matéria de defesa, sendo-lhe vedado suspender o cumprimento de suas obrigações; “[d]aí o nome *solve et repete*: primeiro pague, depois reclame e peça alguma restituição”<sup>473</sup>.

O mecanismo – criticável, numa primeira impressão – tem justificativas bastante plausíveis. A título de exemplo, é possível que, diante da necessidade de obter liquidez, o controlador de uma sociedade limitada consinta em vender suas quotas por preço inferior ao de avaliação, sob a condição de que, verificados eventuais passivos ocultos, o adquirente não esteja autorizado a suspender o pagamento do preço devido. A lógica econômica desse acerto está no fato de que o comprador é beneficiado pela fixação de um custo de aquisição mais baixo, aceitando por isso correr o risco de assumir dívidas desconhecidas; a este caberia, então, manter os pagamentos pontuais e, encerrado o cronograma dos desembolsos, discutir eventuais compensações ou inadimplementos.

Como o efeito típico da cláusula *solve et repete* consiste na renúncia prévia ao oferecimento da *exceptio*, o tão-só impedimento de *alegar-se a inexecução* alheia não impede, necessariamente, o contratante fiel de *exigir o cumprimento* da contraprestação que lhe é devida. O objetivo da *solve et repete*, frise-se, é assegurar ao contratante que dela se beneficia um fluxo contínuo das prestações a que tem direito, o que pode atender a diversos interesses negociais dignos de tutela. Sua dinâmica acaba por criar, “às avessas, uma sucessividade entre as prestações das partes”<sup>474</sup>. Mas isso, por si só, não impede que o adquirente exija do alienante o cumprimento de suas obrigações, como, no exemplo anterior, a transferência das quotas, ou, em outros casos, a substituição ou reparo da coisa transmitida.

A cláusula *solve et repete* tem sua validade reconhecida pelos civilistas brasileiros, embora não esteja prevista expressamente em nossa legislação<sup>475</sup>. SERPA LOPES lhe atribui os mesmos moldes fixados pelo art. 1.462 do atual Código Civil

---

<sup>473</sup> José Roberto de Castro Neves, *O Código do Consumidor e as cláusulas penais*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 176.

<sup>474</sup> Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 233.

<sup>475</sup> A disposição é admitida, entre outros, por Orlando Gomes (*Contratos*, cit., p. 111).

italiano<sup>476</sup>, texto resultante de profundo debate acadêmico e jurisprudencial sobre a possibilidade de sua previsão entre os contratantes:

Art. 1.462. Cláusula limitativa da proponibilidade das exceções. A cláusula com a qual se estabelece que uma das partes não pode opor exceções, com o fim de evitar ou retardar a prestação devida, não tem efeito para as exceções de nulidade, de anulabilidade e de rescisão do contrato. Nos casos em que a cláusula for eficaz, todavia, pode o juiz suspender a condenação se reconhecer que concorrem graves motivos, impondo, se for o caso, uma caução<sup>477</sup>.

Não nos parece recomendável a importação pura e simples da regra italiana à realidade brasileira. A estipulação da cláusula *solve et repete* constitui uma manifestação da autonomia privada, pelo que sua limitação deve estar baseada em normas jurídicas capazes de balizar-lhe a validade e a eficácia – normas estas que, no Brasil, costumam merecer interpretação restritiva. Dessa maneira, a filtragem de conteúdo da cláusula *solve et repete* não deve escapar aos mesmos mecanismos de controle de qualquer outra estipulação presente em negócios jurídicos bilaterais, pelo que se remete, em especial, às regras dos arts. 138 a 184 e do art. 187 do Código Civil; serão estes os instrumentos adequados para controlar a eventual invalidade congênita de sua previsão, ou a abusividade de seu exercício.

Quer-se com isso dizer que, a nosso sentir, não deve ser aplicada no Brasil a conclusão pela qual o juiz, na existência de “graves motivos”, poderia mitigar os efeitos da cláusula *solve et repete* e suspender a condenação do contratante fiel ao cumprimento, impondo ao demandante o oferecimento de caução, pois inexistente fundamento legislativo para essa intervenção no programa contratual. Isso

---

<sup>476</sup> Confira-se as palavras do autor: “[A] omissão da nossa ordem jurídica a esse respeito pode ser perfeitamente suprida obedecendo-se à estrutura que vem de lhe dar o atual Código civil italiano, do qual nos advém uma solução resultante de todas as controvérsias suscitadas, largo tempo, na doutrina e jurisprudência, numa fase em que tinha vigência o Código Civil anterior, que era igualmente omissa. Assim, a validade da cláusula *solve et repete* está assegurada por força do art. 1.462, exigindo-se, apenas, ser ela expressa no contrato, ficando, a sua validade proporcionada à vontade das partes contratantes” (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 334).

<sup>477</sup> A regra tem servido de parâmetro para opiniões estrangeiras sobre o assunto, como é o caso, na Argentina, de Hector Masnatta (*Excepción de incumplimiento contractual*, cit., p. 96) e José María Gastaldi e Esteban Centanaro (*Excepción de incumplimiento contractual*, cit., p. 127). Antes da entrada em vigor do Código Civil de 1942, os autores e tribunais italianos debatiam sobre a validade e a extensão possível da cláusula *solve et repete*; sobre o tema, cf. Eva Leccese, *La clausola solve et repete*, cit., pp. 11-13.

evidentemente não exclui a possibilidade de reconhecer-se a *invalidade* da cláusula por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou qualquer outra causa de nulidade ou anulabilidade, e tampouco impede sua mitigação caso se verifique a *abusividade* de seu exercício, conforme o regime aplicável aos negócios jurídicos em geral.

Quando estipulada em contratos por adesão, a cláusula *solve et repete* será considerada inválida, em regra, pois, conforme o art. 424 do Código Civil, nessa categoria contratual “são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. E a invocação da *exceptio*, sendo regra geral atribuída pelo art. 476 do Código Civil aos contratos com prestações correspectivas, é inequivocamente um “direito resultante da natureza do negócio”. Não à toa, como dissemos no início do item 3.2.3 *supra*, trata-se de um elemento *categorial*, embora derogável, dos contratos sinalagmáticos – ou seja, ínsito à sua natureza, mas não de sua essência. Por isso, diz SÍLVIO DE SALVO VENOSA, “a cláusula *solve et repete* fica livre apenas para os contratos paritários, livremente discutidos em seu conteúdo”<sup>478</sup>.

Da mesma maneira, a oposição da *solve et repete* em relações de consumo também é passível de invalidação por abusividade, à luz do disposto no art. 51, § 1º, II, do CDC, que presume exagerada a vontade que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual”. Ou seja, a abusividade da cláusula *solve et repete* será presumida quando integrar uma relação de consumo, por retirar do consumidor um direito que é da natureza do contrato celebrado<sup>479</sup>.

Além da cláusula *solve et repete*, é também possível que as partes estabeleçam outras previsões sobre a suspensão de suas prestações, bem como outras conseqüências contratuais derivadas do inadimplemento contraposto. A prática contratual brasileira tem utilizado alguns mecanismos com esse propósito.

Tem sido comum, especialmente em contratos de fornecimento celebrados a longo prazo, prever-se cláusula pela qual se defina quais inadimplementos serão

---

<sup>478</sup> Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, vol. 2, cit., p. 430; no mesmo sentido, cf. Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 234.

<sup>479</sup> Nesse sentido, v. Fernando Rodrigues Martins, *Princípio da justiça contratual*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 274.

ensejadores da suspensão de obrigações correspectivas<sup>480</sup>; dessa maneira, à guisa de exemplo, podem as partes dispor que somente o descumprimento dos deveres de pagar o preço e entregar a coisa permitirá a suspensão das obrigações, afastando a possibilidade de alegar-se a *exceptio* perante o desfalque de garantias, a ausência de prestação de contas ou a insuficiência de assistência técnica.

Também é corriqueiro estabelecer-se que a suspensão da obrigação pelo excipiente somente poderá efetuar-se após escoado determinado prazo em benefício do excepto, ou que o contratante fiel primeiro deverá notificar a contraparte, concedendo-lhe oportunidade para purgar sua mora, após o que, permanecendo a inadimplência, lhe seria permitido suspender o seu cumprimento correspectivo<sup>481</sup>.

Há ainda exemplos nos quais as partes ajustam que algumas obrigações específicas, caso descumpridas, não ensejarão a suspensão de determinados direitos e deveres. Nessa linha, são conhecidas cláusulas pelas quais se estabelece que, mesmo se descumpridas obrigações essenciais, a parte inadimplente poderá exercer certo direito (um direito de preferência, por exemplo) ou exigir o cumprimento de determinada obrigação<sup>482</sup>.

Veja-se que, se as obrigações não forem correspectivas, previsões nesse sentido serão a rigor desnecessárias, dado que a oponibilidade da *exceptio* somente ocorre perante prestações que estejam vinculadas pelo nexu sinalagmático. Reconhece-se, contudo, que dispositivos com esse teor podem ter a utilidade prática de afastar a caracterização de um vínculo correspectivo entre certas obrigações, auxiliando o intérprete na missão de identificar o conteúdo do sinalagma, conforme analisamos no

---

<sup>480</sup> Disposições dessa natureza podem ter redação com o seguinte teor: “As partes comprometem-se a cumprir e interpretar este contrato de fornecimento sempre no sentido de manter a continuidade das prestações periódicas devidas de parte a parte. A compradora não poderá retardar o pagamento do preço nem reter parte do preço, salvo nas hipóteses expressamente previstas na Cláusula 5.2. A fornecedora não poderá suspender ou interromper o fornecimento à compradora, salvo em caso de mora da compradora no pagamento do preço”.

<sup>481</sup> Seria o caso do seguinte texto, mais uma vez tendo-se como exemplo um hipotético contrato de fornecimento: “Caso a compradora esteja em mora no pagamento à fornecedora do preço incontroverso de fornecimento por prazo superior a 30 (trinta) dias, a contar da respectiva notificação pela fornecedora, a fornecedora terá direito de suspender o fornecimento à compradora, até a regularização do pagamento”.

<sup>482</sup> Imagine-se, por exemplo, a seguinte redação de cláusula: “Caso a parte adimplente opte por suspender a execução deste contrato, em razão de inexecução imputável à parte inadimplente, todos os direitos e obrigações da parte inadimplente ficarão suspensos, à exceção dos direitos estabelecidos nas cláusulas 2.1 e 2.2, e das declarações e garantias dadas pelas partes, que sobreviverão indefinidamente, ou conforme ali especificado”.



item 2.1.4 do Capítulo II. Igualmente úteis ao intérprete são os exemplos de cláusulas em que as partes estabelecem regras específicas para definir como a suspensão das prestações afetará o cronograma contratual<sup>483</sup>.

---

<sup>483</sup> Pense-se nos seguintes dispositivos, inseridos num hipotético contrato de empreitada global: “Cláusula 35. Suspensão das obras. 35.1. A execução das obras poderá ser total ou parcialmente suspensa nas seguintes hipóteses: a) por qualquer das partes, na ocorrência de força maior ou caso fortuito, conforme previsto na cláusula 15, que comprovadamente impeça a execução das obras; b) pelo empreiteiro, no caso de atraso nos pagamentos por período superior a 60 (sessenta) dias. 35.2 Caso a suspensão das obras se dê por motivo não imputável ao empreiteiro, o dono da obra deverá efetuar o pagamento, ao empreiteiro, dos custos estabelecidos na cláusula 17.2. 35.3. Não tendo sido a suspensão das obras imputada ao empreiteiro, e visando ao reembolso ao dono da obra dos custos adicionais decorrentes da suspensão, o empreiteiro deverá apresentar ao dono da obra estudo indicando as diferentes possibilidades entre as diversas ações necessárias e seus respectivos custos, para análise e aprovação pelo dono da obra, se for o caso, e possível escolha da melhor alternativa. 35.4. Ocorrendo a suspensão da execução da obra, conforme previsto nesta cláusula, e desde que a suspensão não tenha sido determinada por culpa do empreiteiro, os prazos estabelecidos na cláusula 75 serão prorrogados, pelo dono da obra, por prazo a ser acordado entre as partes, conforme seja necessário para permitir a retomada normal do andamento das atividades ligadas à execução das obras. 35.5. Caso a suspensão das obras tenha ocorrido por fato imputável ao empreiteiro, o empreiteiro deverá arcar com todos os custos previstos na cláusula 17.2, e os prazos estabelecidos na cláusula 75 serão mantidos, devendo o empreiteiro tomar as providências necessárias a garantir seu cumprimento, sob pena de incidência da multa estabelecida na cláusula 48”.

#### 4. OS LIMITES À EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

**SUMÁRIO:** 4.1. Os limites à oponibilidade da exceção de inadimplemento: o oferecimento abusivo. 4.1.1. O oferecimento disfuncional da exceção de inadimplemento. 4.1.2. O oferecimento da exceção de inadimplemento contrário à boa-fé. 4.1.3. A exceção de inadimplemento perante comportamentos contraditórios. 4.2. Os limites aos efeitos da exceção de inadimplemento. 4.2.1. A exceção de inadimplemento diante de cumprimento imperfeito. 4.2.2. A exceção de inadimplemento diante de adimplemento substancial. 4.3. Os limites ao exercício da exceção de inadimplemento. 4.3.1. A mitigação da exceção de inadimplemento diante do paradigma da essencialidade. 4.3.2. Os interesses relevantes de terceiros ao redor da execução do contrato. 4.4. A exceção de inadimplemento em relações de consumo. 4.5. A exceção de inadimplemento no debate sobre o corte de serviços essenciais.

Uma das principais características do Direito Civil contemporâneo é a percepção de que inexistem direitos absolutos<sup>484</sup>. Sendo naturalmente inseridas em relações intersubjetivas, as situações jurídicas – todas elas – estão naturalmente limitadas umas por outras<sup>485</sup>.

Mesmo a propriedade, já tida como o mais absoluto dos direitos, é reconhecidamente atingida por diversas limitações de conteúdo, internas e externas. Tais limitações levam em consideração não somente interesses igualmente proprietários, como, na propriedade imobiliária, as restrições relativas à vizinhança, objeto de um capítulo inteiro do Código Civil, mas também interesses outros que lhe circundem – basta lembrar-se do poder de controle societário, impondo a Lei nº 6.404, de 1976, ao acionista controlador a observância de deveres e responsabilidades “para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (art. 116, parágrafo único).

A consolidação dessas limitações no Direito positivo se dá substancialmente mediante o uso combinado de regras jurídicas<sup>486</sup>; de cláusulas gerais que, funcionando

<sup>484</sup> Essa percepção é objeto da análise de Bruno Lewicki, em tópico assim intitulado: “Relativização: os direitos não são absolutos” (*Limitações ao direito de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*, cit., pp. 24-31).

<sup>485</sup> Em resumo, consoante anota Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, a funcionalização dos institutos jurídicos impõe “a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela” (“Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 265).

<sup>486</sup> Como são exemplos as inúmeras regras sobre os direitos de vizinhança, das quais pinçamos a título ilustrativo a seguinte: “Art. 1.288. O dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embarquem o seu fluxo; porém a

como meio de propagação de princípios jurídicos, permitem ao intérprete impor balizas ao exercício de direitos<sup>487</sup>; e mesmo a partir da incidência direta de princípios jurídicos<sup>488</sup>. Em matéria contratual, que nos interessa mais de perto, são muitos os mecanismos capazes de cumprir esse papel, com prevalência axiológica para princípios fixados na Constituição, como os da proteção à dignidade humana (art. 1º, III) e seus corolários da solidariedade social e igualdade substancial (art. 3º, I e III)<sup>489</sup>, além do reconhecimento de que a livre iniciativa possui um *valor social* (art. 1º, IV), tendo “por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170).

No plano infraconstitucional, o Código Civil de 2002 também é dotado de vários instrumentos dedicados ao mesmo propósito, como a vedação ao exercício abusivo de situações jurídicas (art. 187), com destaque para a boa-fé em sua feição limitativa; o reconhecimento de que a liberdade contratual deve ser exercida “em razão e nos limites da função do contrato” (art. 421); ou o controle dos contratos civis por adesão (art. 424), além de outros. Igualmente importantes são os mecanismos adotados pelo CDC para atender a esse desiderato, com amplo destaque para o art. 51 e o seu rol de cláusulas abusivas.

Sendo a *exceptio non adimpleti contractus* a manifestação de um direito potestativo, pelo qual seu titular interfere diretamente na relação jurídica que o vincula à contraparte, colocando esta em estado de *sujeição*, é imperioso que o ordenamento jurídico disponha de ferramentas capazes de evitar que o exercício (aparentemente

---

condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior”.

<sup>487</sup> Como é o caso da boa-fé objetiva, notadamente em suas funções limitativa ao exercício de situações jurídicas (art. 187) e criadora de deveres (art. 422), por meio da qual, além de outras potencialidades, torna-se possível “encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana” (Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 281-282).

<sup>488</sup> A aplicação direta dos princípios jurídicos em matéria privada é fonte de inúmeros debates metodológicos. Sobre o tema, cf. Gustavo Tepedino, “Unidade do ordenamento e teoria da interpretação”, in *Temas de direito civil*, t. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 427-429; Daniel Sarmiento, “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 113-148; e, do mesmo autor, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 277-379.

<sup>489</sup> A percepção da *proteção à pessoa humana* como uma cláusula geral, cujo conteúdo normativo se explicita por meio dos princípios da *igualdade*, da *integridade psicofísica*, da *liberdade* e da *solidariedade social*, é marcante na obra de Maria Celina Bodin de Moraes, com destaque para seu “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 105-147.

legítimo) dessa faculdade se desvie de suas funções, dê margem a abusos ou cause prejuízos a terceiros titulares de interesses dignos de especial tutela, ou até ao próprio excepto-inadimplente. É o que registra MIGUEL REALE: “tanto a *exceptio non adimpleti contractus* como a *non rite adimpleti contractus* têm caráter excepcional, uma vez que ambas, contrariando a regra de que ninguém pode ser juiz em causa própria, conferem a um contraente a faculdade de suspender, temporariamente, por sua iniciativa e critério, o adimplemento de uma obrigação, na hipótese, respectivamente, da outra parte não haver cumprido sua obrigação por inteiro, ou apenas parcialmente ou de maneira defeituosa”<sup>490</sup>.

Para fins didáticos, identificamos três modalidades pelas quais a *exceptio non adimpleti contractus* pode sofrer limitações. A primeira delas é a limitação à sua própria *oponibilidade*, ou seja, situações em que, embora os pressupostos para sua alegação estejam presentes, determinados limites incidem de modo a impedir, naquela situação concreta, que o direito a não cumprir seja exercido. Assim, por exemplo, o oferecimento da exceção de inadimplemento pode ser obstruído quando seu manejo for *abusivo*, por contrário à boa-fé ou por extrapolar suas funções, bem como nos casos em que, pela vedação a comportamentos contraditórios, tenha sido despertada no excepto a confiança legítima de que sua conduta não levaria à suspensão da prestação contraposta.

A exceção de contrato não cumprido também pode sofrer limites quanto à sua *eficácia* – isto é, a legitimidade da recusa é reconhecida, mas seus efeitos sofrem restrições, não sendo aplicáveis em sua plenitude. É o que ocorre tanto nos casos de cumprimento imperfeito como nas circunstâncias em que a inexecução do excepto seja parcial; tais eventos, segundo a tradição jurídica, dão margem a uma “subespécie” do instituto: a *exceptio non rite adimpleti contractus*, ou exceção de contrato insatisfatoriamente cumprido.

Há hipóteses ainda em que a exceção de inadimplemento é oponível, seus efeitos são aplicáveis integral ou parcialmente, mas o seu *exercício* deve sofrer certos balizamentos – por outras palavras, a maneira como o direito a não cumprir for colocado em prática pode ser objeto de limitações. Isso se dá, por exemplo, quando

---

<sup>490</sup> Miguel Reale, “A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 24.

existam interesses dignos de tutela detidos por terceiros que circundem a execução do contrato, ou quando o objeto da prestação a ser suspensa tenha natureza essencial.

Essa divisão tripartite é puramente didática. Certamente se vislumbram casos em que a limitação aos efeitos da *exceptio* se confunde com sua inoponibilidade, e poder-se-ia mesmo dizer que as restrições ao exercício do mecanismo se assemelham com a modulação de seus efeitos. No entanto, acreditamos que essa divisão auxilie na percepção do fenômeno limitativo.

#### 4.1. Os limites à oponibilidade da exceção de inadimplemento: o oferecimento abusivo

Conforme dissemos ao longo de todo o Capítulo II, a oponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* exige o concurso de três pressupostos: o *vínculo de correspectividade*, o *inadimplemento* lato sensu e a *exigibilidade da obrigação do excepto*. Presentes os três, surge ao excipiente, ao menos *em tese*, o direito de recusar-se a prestar, direito esse que tem como *função essencial* garantir-lhe não ser obrigado a prestar sem que se lhe assegure sua contraprestação, além de afastar-lhe os efeitos de um inadimplemento imputável.

Todavia, o art. 187 do Código Civil preceitua que “[t]ambém comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, consagrando aquilo que se convencionou chamar “*abuso de direito*”<sup>491</sup>. Deixados de lado os interessantes apontamentos sobre os “defeitos redacionais” do artigo<sup>492</sup>, bem como sobre o conceito

---

<sup>491</sup> O abuso de direito era identificável no Código Civil de 1916 mediante uma interpretação *a contrario sensu* do art. 160, I, pelo qual não constituíam atos ilícitos aqueles praticados no “exercício regular de um direito reconhecido”. Sua nova feição no Código Civil de 2002 é elogiada por Judith Martins-Costa; segundo a autora, o antigo modelo, “talvez por conta de seus próprios limites estruturais, posto quase como um apêndice da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana”, parecia limitar-se a atribuir o dever de indenizar àquele que atuasse abusivamente; já a redação atual permitiria sancionar “os variados casos de *exercício jurídico inadmissível*” de direitos e demais situações subjetivas, ainda que de tal exercício não decorra necessariamente eficácia indenizatória (“Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé”, in Gustavo Tepedino (org.), *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 68 e p. 58, respectivamente). A perspectiva da professora gaúcha será retomada na nota de rodapé 494 a seguir.

<sup>492</sup> Heloísa Carpena aponta uma série de críticas à redação codificada: “Será abusivo o ato que exceda manifestamente os limites do direito em questão. Essa afirmação enseja várias objeções, a começar pela utilização do advérbio ‘manifestamente’, gerando de imediato a dúvida sobre seu alcance, ou seja, se diz respeito ao grau ou à quantidade (...). Também quanto à natureza do ato que pode ser tido por abusivo a

contemporâneo de ilícito civil<sup>493</sup>, é inegável que esse dispositivo consiste numa importante ferramenta de *controle substancial* da atividade privada à disposição dos intérpretes do novo Código.

---

lei não esclarece, tornando duvidoso o campo de aplicação da teoria. O titular poderá abusar do direito quando “exercê-lo” (...). O verbo empregado induz à conclusão – equivocada – de que a omissão não poderia ser qualificada como abusiva. Vale lembrar que até mesmo o ato de disposição ou de aquisição pode configurar o abuso, não se cuidando tampouco de exercício do direito. Da mesma forma, não foi feliz a redação da norma ao referir apenas à titularidade de um ‘direito’, com isto aparentemente restringindo a aplicação da teoria. O abuso, como categoria autônoma dos atos contrários ao direito, não se limita ao exercício de certo e determinado direito subjetivo, identificando-se igualmente em outras situações jurídicas subjetivas” (“O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional”, in Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 416-417).

<sup>493</sup> O fato de o recodificador ter qualificado o exercício abusivo de direitos como uma espécie de *ato ilícito* tem dado margem a interessantes debates acadêmicos sobre o conteúdo do conceito de ilicitude civil e sobre os rumos da responsabilidade civil. É sabido que a tradição civilística brasileira associa a noção de *ato ilícito* à sua principal consequência, que é o *dever de indenizar* – como a redação do antigo art. 159, que abria o capítulo sobre os “Atos Ilícitos”, não nos deixa mentir (“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”). O novo Código adotou postura distinta, ao dissociar o *conceito* de ato ilícito de seus *efeitos jurídicos*: o atual art. 186 apenas afirma que “[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, enquanto o art. 187 o complementa dizendo que “[t]ambém comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; o dever de indenizar vem previsto apenas mais à frente, no art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A nova redação parece *pressupor* a existência de um ato ilícito para configurar-se o dever de indenizar, ao passo que, pelo entendimento convencional sob a égide do Código de 1916, sempre se entendeu que o ato ilícito era o resultado da concorrência entre três elementos: *culpa*, *dano* e *nexo causal*. Verificam-se daí duas interessantes perspectivas acerca das consequências metodológicas dessa dissociação estrutural. Para Judith Martins-Costa, a *culpa* e o *dano* não seriam mais considerados elementos do ato ilícito: “O que aí está patente, e altissonante, é a desconexão de um elo que, tradicionalmente, soava automático: foi cortada a automaticidade da ligação entre a ilicitude (arts. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss.), e entre ilicitude civil e dano. Mas não é só uma nova estrutura: aí temos uma ruptura. (...) Daí não ser ‘indispensável’, para os efeitos da tutela conferida pelo art. 187, nem a ocorrência de um evento danoso, nem que o mesmo tenha sido causado por culpa” (“Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187”, *Doutrina ADCOAS*, São Paulo: ADCOAS, vol. 6, nº 10, out. 2003, pp. 309-310; o tema também é analisado pela professora gaúcha em “Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé”, cit., especialmente pp. 74 e ss.). De outra parte, Carlos Young Tolomei rebate que é necessária uma *revisão* dos conceitos de ilícito, culpa e dano, ao invés de sua dissociação, sobretudo a partir da expansão da idéia de dano ressarcível: “Não nos parece que o legislador tenha perpetrado uma ruptura radical entre a noção de ato ilícito e o dano (...). A perspectiva hermenêutica deve ser outra. O novo Código ao promover – de certo em boa hora – a dissolução entre ilicitude (art. 186) e dever de indenizar (art. 927), ao lado do refinamento de sua técnica legislativa, convida-nos para uma nova leitura da responsabilidade civil, instigando-nos a percorrer caminhos ainda bem pouco explorados. Trata-se aqui, em primeiro lugar, da necessidade de assentar-se, não já uma simples tendência, mas os efetivos esmaecimento da culpa e flexibilização do nexo causal”. E conclui: “[N]ão se trata de afastar o dano do ilícito, mas, ao contrário, de identificá-lo com uma amplitude jamais vista, espalhando-se intensamente para as situações existenciais e, com isto, expandindo o leque de direitos protegidos pelo mecanismo da responsabilização civil” (“A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil”, in Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 381-383). O tema é interessante (e complexo) o suficiente para justificar uma dissertação inteira, pelo que nos limitamos a esta ligeira referência em rodapé, mas não nos furtamos a registrar que ambos os entendimentos parecem caminhar na mesma direção, soando-nos as

O art. 187 torna metodologicamente possível ir-se além do mero exame *formal* dos negócios jurídicos, realizado pela filtragem dos *requisitos de validade*, para adentrar-se numa análise *substancial* de seus efeitos, a partir do momento em que o *exercício* de quaisquer situações jurídicas passa a estar limitado à luz dos parâmetros estabelecidos nesse dispositivo legal: os *bons costumes*, os *fins sociais e econômicos* da situação jurídica em análise, e a *boa-fé*. Por conseqüência, o exercício do direito a não cumprir, quando presentes os pressupostos analisados no Capítulo II, estará submetido a limites substanciais.

Esse controle substancial, a propósito, pode ser realizado de diversas maneiras. O artigo, como se vê, não estabelece uma conseqüência jurídica única, dada sua natureza de cláusula geral, mas apenas conceitua os elementos do ato abusivo. Seus efeitos serão atribuídos pela lei (como é o caso do dever de indenizar, fixado pelo art. 927 do Código Civil) ou pelo julgador, perante o caso concreto, podendo ser impostos o ressarcimento de danos, a redução dos efeitos de determinadas situações jurídicas, o desfazimento da ilicitude ou quaisquer outras medidas que, inclusive à luz do poder geral de cautela, sejam adequadas para reprimir e prevenir o abuso.

É incomum ver-se o argumento dos “bons costumes” utilizado para a solução de litígios relacionados à exceção de inadimplemento. No entanto, parece possível limitar-se o manejo da *exceptio* com base nos *usos e costumes* de determinado ambiente negocial, seja por interpretação extensiva do critério dos “bons costumes” ou mesmo por integração de tais usos ao conteúdo do contrato, a partir do art. 113 do Código Civil<sup>494</sup>.

Imagine-se situação em que uma indústria gaúcha inicie empreendimentos em Goiás, passando a lidar com fornecedores locais de determinada matéria-prima. Suponha-se que as relações contratuais firmadas entre as partes sejam eminentemente verbais, ou concretizadas em instrumentos lacônicos, e, por fim, que o fornecedor deixe de entregar, tempestiva ou satisfatoriamente, determinada solicitação efetuada pela

---

discordâncias mais no *discurso* do que propriamente no *resultado*. O fundamental, e nisso ambas as opiniões convergem, é compreender que a proteção contra o ato ilícito extrapola a mera reparação patrimonial, dando ensejo a instrumentos de reparação extrapatrimonial, de tutela específica ou de remoção do ilícito, bem como admitindo o recurso a mecanismos de tutela inibitória.

<sup>494</sup> Os conceitos, a bem dizer, não se confundem. Sobre o tema, cf. Marcos Campos de Ludwig, *Usos e costumes no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 115-176.

indústria. Abre-se margem, em tese, à suspensão dos pagamentos periódicos devidos por esta. Mas pode ser que os usos e costumes consolidados entre fornecedores e compradores daquela região de Goiás recomende uma espécie de “carência” por parte do comprador, só permitindo-lhe suspender os pagamentos após uma segunda entrega intempestiva ou insatisfatória. Haveria espaço, pois, para uma limitação do exercício ao direito a não cumprir com base nos usos e costumes no lugar de celebração do contrato – embora pela via da integração do conteúdo contratual, e não da limitação de seus efeitos<sup>495</sup>.

Os itens a seguir cuidarão, respectivamente, do manejo *disfuncional* da exceção de contrato não cumprido e de sua oposição *contrária à boa-fé*. Vale ressaltar, contudo, que ambas as circunstâncias podem ser consideradas hipóteses de *oferecimento abusivo da exceção de inadimplemento*. A opção em separar os casos de *exercício disfuncional* e de *violação à boa-fé* tem como pano de fundo o risco, hoje presente na jurisprudência brasileira, da constante remissão de *todos* os casos de exercício abusivo de situações jurídicas à boa-fé (mais especificamente à chamada *função limitativa* da boa-fé objetiva)<sup>496</sup>.

De fato, poucos são os precedentes que diferenciam uma coisa da outra, e a distinção, a nosso sentir, é relevante – talvez nem tanto para fins práticos, mas sobretudo por uma questão de rigor metodológico. Parece-nos que, na aplicação do art. 187, quanto mais se optar por remeter o fundamento das decisões judiciais à *boa-fé*, em casos que poderiam ser lidos como *contrariedade (ou desvio) aos fins econômicos e sociais* das situações jurídicas, ou mesmo como *contrariedade aos bons costumes*, mais se colabora para impedir a consolidação de uma cultura efetivamente *brasileira* sobre o conteúdo normativo da boa-fé<sup>497</sup>. Por outras palavras, deve-se evitar uma leitura

<sup>495</sup> O critério dos usos e costumes também pode ser útil para aferir a repercussão de determinada inadimplência perante o programa contratual, para os fins que serão analisados no item 4.2 a seguir.

<sup>496</sup> O risco, aliás, é maior do que esse, como constata Anderson Schreiber, ao criticar aquilo que denominou ser uma *superutilização* do princípio da boa-fé (*A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., pp. 114-120, com destaque para o seguinte trecho, constante da p. 120: “[e]sta banalização da boa-fé, que já se vê por toda parte, traz, a longo prazo, o grave risco de um ocaso do conceito por sua inutilidade, uma vez que servindo de justificativa para decisões em todos os sentidos, a boa-fé acaba por não ser determinante a qualquer fundamentação, e sua invocação perde sentido. Daí a urgente necessidade de se precisar, com algum grau de segurança, o conteúdo da cláusula geral de boa-fé objetiva”).

<sup>497</sup> Fala-se na necessidade de uma “cultura brasileira da boa-fé” tendo em vista que, em sua maioria, as referências aos grupos de casos e às possibilidades da boa-fé limitativa continuam consideravelmente ligadas a fontes estrangeiras, notadamente germânicas e portuguesas. Tal circunstância, aliada à



indissociável entre boa-fé limitativa e abuso de direito<sup>498</sup>, pois há casos de exercício abusivo de posições jurídicas que não necessariamente devem ser remetidos à boa-fé, mas, sim, aos bons costumes e ao desvio de função dos institutos.

#### 4.1.1. *O oferecimento disfuncional da exceção de inadimplemento*

Conforme assinalamos no item 1.6 do Capítulo I, a *exceptio non adimpleti contractus* se caracteriza por múltiplas finalidades. Costuma-se-lhe atribuir as funções de defender a posição jurídica do devedor, de colaborar para o cumprimento integral do contrato, de servir como mecanismo de pressão à contraparte inadimplente, de atuar como uma garantia indireta do crédito do contratante fiel e, por fim, de manter o equilíbrio da relação contratual sinalagmática. Os exemplos analisados nos itens 4.1 a 4.3 daquele capítulo mostram que, de uma forma ou de outra, a *exceptio* pode desempenhar todos esses papéis – e talvez até mesmo alguns outros que não tenhamos sido capazes de assimilar. Mas sua função primordial, que lhe molda as características, é a de tutelar o contratante fiel na sua posição jurídica de devedor, permitindo-lhe recusar o cumprimento enquanto não lhe for assegurado o atendimento de seus interesses contratuais e, por conseqüência, afastando-lhe os efeitos de um inadimplemento imputável.

Portanto, sempre que o exercício do direito a não cumprir, embora presentes seus pressupostos, extrapole manifestamente suas finalidades, especialmente aquelas que o caracterizam, tal exercício será inadmissível. Deve o intérprete, pois, observar se o recurso à exceção de inadimplemento tem por finalidade afastar o risco de o excepto prestar sem ter a perspectiva concreta de terem atendidos seus interesses, ou se, ao invés, o mecanismo está sendo utilizado para outros fins – como forma exclusiva de pressão ou cobrança, ou mesmo como pretexto para a inadimplência; conforme

---

*superutilização* de que se falou na nota anterior, dificulta a consolidação de uma jurisprudência genuinamente nacional sobre o instituto.

<sup>498</sup> A proximidade entre *abuso de direito* e *boa-fé* é analisada por Teresa Negreiros, “O princípio da boa-fé contratual”, cit., pp. 232-233; e Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., pp. 108-114.

passagem clássica de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a oposição da *exceptio* não pode “erigir-se em pretexto para o descumprimento do avençado”<sup>499</sup>.

Exemplo que se pode dar a respeito é o daquelas oportunidades em que o excipiente faz uso da *exceptio* de maneira abrupta, interrompendo o fornecimento de um bem ou serviço sem antes informar o excepto. Se a função da exceção de inadimplemento não é eminentemente coercitiva, tampouco sancionatória, mas *protetiva*, seu exercício pode ser mitigado quando se der mediante expedientes que tenham a intenção única (ou preponderante) de surpreender o excepto, numa estratégia que, pegando-o desprevenido, o force a adimplir sua obrigação<sup>500</sup>. Trata-se de exercício potencialmente abusivo do direito a não cumprir, submetido, portanto, ao regime do art. 187 do Código Civil, podendo o julgador, diante do caso concreto, impedir a oposição da *exceptio non adimpleti contractus* ou condenar o excipiente a indenizar os danos possivelmente causados pela interrupção abrupta do cumprimento de sua obrigação.

Cabe citar, nesse sentido, o julgamento da Apelação Cível nº 2008.001.65542 pela 3ª Câmara Cível do TJRJ, em que Denise Cunha Chame pleiteava indenização por danos causados pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG<sup>501</sup>. No caso, a autora havia questionado os valores constantes de fatura relativa ao mês de julho de 2007, e a CEG se comprometeu a analisar o problema e encaminhar resposta no momento oportuno. Todavia, em vez de esclarecer a dúvida relativa à fatura em aberto, a distribuidora interrompeu abruptamente o fornecimento de gás. Diante desses fatos, os julgadores consideraram ilícita a conduta da ré, que “recebeu a reclamação, prometeu analisá-la, mas, descumprindo a palavra empenhada, suspendeu *ex abrupto* a entrega do bem”. Ainda nos dizeres do voto, “se, como no caso, não houve pagamento, o fornecedor promete analisar a divergência e dar uma resposta, e em vez disso, parte para

---

<sup>499</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 160. Miguel Reale também atenta para o risco da alegação abusiva da *exceptio*: “Dois perigos, em geral, rondam a aplicação desse excepcional preceito, redundando em abuso de direito: um consiste em suspender a execução de obrigação de dar ou de fazer de forma e em circunstâncias tais que importe praticamente na suspensão definitiva e não temporária da prestação recusada, como ocorre, por exemplo, quando a recusa, pretensamente provisória, ocasiona à parte contrária dano de monta que praticamente a impossibilite de cumprir o que dela está sendo reclamado; ou, então, quando, sob a capa de uma suspensão provisória, o que se visa é o desfazimento por inteiro do contrato” (“A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 25).

<sup>500</sup> Como diz MIGUEL REALE, “o concreto exame objetivo das circunstâncias ocorrentes não pode ser feito sem se levar em conta o elemento subjetivo, isto é, a real intenção do excipiente” (“A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 27).

<sup>501</sup> TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2008.001.65542, Rel. Des. Fernando Foch, v. u., j. 04.08.2009.

atitude coercitiva e forte, fere os deveres da boa-fé objetiva e de cooperação que presidem toda a relação contratual”, sendo interessante ressaltar que o relator expressamente anotou que o fator preponderante no dano causado foi “a *surpresa* da deslealdade” (grifos nossos).

Também no TJRJ se encontra outro precedente interessante sob o ponto ora examinado. Tratava-se de ação de cobrança pela qual a Construtora Sampaio Montenegro Ltda. pleiteava o pagamento de saldo do preço relativo à aquisição de imóvel pelos réus, que, em defesa, alegavam estar a construtora inadimplente, por não ter apresentado todas as certidões exigidas no contrato, restando pendente uma “anotação de notificação para desocupação de imóvel dado em comodato com baixa determinada pelo juízo do feito”. O acórdão conduzido pelo então desembargador LUIZ FUX considerou que a referida pendência era *inapta* a embasar o não-pagamento do preço, já que “[a] preocupação do adquirente [era] a de não sujeitar-se a uma alienação em fraude de execução ou contra credores”, preocupação que não se mostrava razoável diante da pendência burocrática havida, com o que a invocação da *exceptio non adimpleti contractus* foi considerada “injustificada (...), servil à proteção de iniquidade inaceitável”<sup>502</sup>.

No mesmo sentido, também é potencialmente abusivo o manejo da *exceptio* tendo por base o inadimplemento de prestações antigas numa relação de longo prazo, conforme se adiantou no item 2.3 do Capítulo II. Pense-se na execução de um contrato pelo qual o adquirente de certa matéria-prima esteja obrigado a efetuar pagamentos mensais a determinado fornecedor; se o adquirente deixar de efetuar o pagamento relativo ao material entregue no mês de março de 2010 (por extravio da fatura, por exemplo), mas mantiver os pagamentos dos meses subseqüentes, não faria sentido o fornecedor interromper a entrega no mês de outubro de 2010 tendo exclusivamente como base aquela inadimplência financeira. Afinal, se a função da *exceptio* é a de minimizar o risco de o contratante cumprir sem receber o correspondente (ou seja, com os olhos postos no futuro), esse risco não parece se configurar tão-somente por um inadimplemento pretérito distante. Circunstâncias tais teriam muito mais o condão de consistir num mecanismo de *cobrança* do que propriamente na defesa do excipiente na sua condição de *devedor*.

---

<sup>502</sup> TJRJ, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1999.001.06311, Rel. Des. Luiz Fux, v. u., j. 14.09.1999.

Na mesma toada, e tal como à luz do art. 42 do CDC, que impede meios vexatórios de cobrança, não deve o excipiente lançar mão de expedientes com o propósito de causar constrangimento indevido ao excepto, como forma de pressioná-lo ilegitimamente ao cumprimento<sup>503</sup>. Eis um dos fatores que justificam, por sinal, a previsão do art. 6º da Lei nº 9.870, de 1999<sup>504</sup>, pelo qual as instituições de ensino ficam proibidas de praticar a suspensão de provas, a retenção de documentos ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplência de seus alunos ou respectivos responsáveis; reconhece-se, todavia, o direito de as instituições aplicarem “sanções legais e administrativas compatíveis com o CDC e com o Código Civil” (a regra se refere expressamente ao antigo art. 1.092), embora o desligamento somente seja possível ao término do período letivo (§ 1º)<sup>505</sup>.

É importante considerar que, nas situações em que a exceção de inadimplemento surge como instrumento de cobrança, o interesse do excipiente não deixa de ser legítimo. Se ele é titular de um crédito, não há nenhuma ilegitimidade na busca desse seu interesse, na sua pretensão de ser pago. O que consideramos criticável, e passível de limitações substanciais, é a utilização de um mecanismo que não está precipuamente destinado a essa finalidade: a *exceptio non adimpleti contractus*.

Nessa mesma linha, cumpre assinalar que o recurso à exceção de inadimplemento como meio de pressão não é, por natureza, abusivo – muito embora essa não seja sua função essencial. Sobretudo em relações paritárias estabelecidas entre empresas de grande porte, não chega a ser incomum, vez ou outra, certo grau de combatividade nas estratégias negociais – aliás, trata-se de característica natural a quem

---

<sup>503</sup> A constatação é também de Francesco Realmondo, no sentido de que se deve “evitar que a exceção, de meio de defesa, se transforme em um instrumento vexatório” (“Ecezione di inadempimento”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 14, Milano: Giuffrè, 1965, p. 231).

<sup>504</sup> “Art. 6.º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias. § 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral. § 2º Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua adimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais”.

<sup>505</sup> Na jurisprudência, cf. STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 567.312/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, v. u., j. 21.06.2005. A proibição não se aplica à recusa de renovação de matrícula pelas instituições de ensino, à luz do art. 5º da Lei nº 9.870, de 1999; v., a respeito, STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 660.439/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, v. u., j. 02.06.2005.

opta pela atividade empreendedora, ao assumir *riscos* em busca de *lucros*. Conforme anota JUDITH MARTINS-COSTA, “entre os ‘grandes contratantes’ é a própria economia que se serve de meios de pressão sobre o devedor”, de modo que a licitude do exercício do direito a não cumprir deve ser apreciada tendo em vista “o tipo de relação obrigacional na qual inserida, a qualidade dos sujeitos envolvidos e a função que aí for concretamente chamada a desempenhar”<sup>506</sup>.

#### 4.1.2. O oferecimento da exceção de inadimplemento contrário à boa-fé

Ainda sob a luz do art. 187, a oposição da *exceptio non adimpleti contractus* deve respeitar os *limites impostos pela boa-fé*.

Cuida-se do que se convencionou denominar *função limitativa da boa-fé objetiva*<sup>507</sup>, por meio da qual “a depender do caso em questão, pode suceder que a (...) *exceptio* tenha a sua utilização restrita ou vedada”<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> Judith Martins-Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, cit., pp. 420-421. Tais comentários foram redigidos pela professora gaúcha à luz do regime jurídico da cláusula penal, mas, em nossa opinião, são integralmente aplicáveis ao que aqui se sustenta. A autora ainda conclui: “[o] ‘fazer pressão’, no entanto, está sujeito aos limites da licitude, não se admitindo, numa ordem econômica normativamente regulada, que o poderio econômico prevaleça sem freios, a ponto de se concluir que a ‘natureza do mercado’ seja não apenas dominante, mas, por igual, absolutamente determinante” (p. 421). Vale também lembrar, conforme anotam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, que “o ambiente comercial e societário, e, em particular, o ambiente interempresarial, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, e se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva. (...) [O]s *standards* de comportamento são distintos” (“Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 42-43).

<sup>507</sup> Como se sabe, à boa-fé objetiva costuma-se atribuir três funções: (i) servir de cânone hermenêutico-integrativo dos contratos (art. 113); (ii) limitar o exercício de situações jurídicas (art. 187); e (iii) criar deveres de conduta às partes (art. 422). Sobre o tema, cf. Judith Martins-Costa, “Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro”, in Antonio Junqueira de Azevedo, Heleno Taveira Tôres e Paolo Carbone (coord.), *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 388-421. A boa-fé objetiva, cláusula geral que é, serve como mecanismo apto a trazer padrões *sociais* de comportamento, extraídos da convivência intersubjetiva, para o campo das relações *jurídicas*. Nas palavras de Bruno Lewicki, “[e]m cada caso concreto deve ser perquirido o *Standard* de comportamento razoável, levando-se em conta o ambiente social em questão” (“Panorama da boa-fé objetiva”, in *Problemas de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62). Assim, *interpretar conforme a boa-fé* deve significar não só compreender a intenção das partes à luz de suas circunstâncias, como também utilizar parâmetros de probidade e lealdade reconhecidos em determinado ambiente social para preencher as lacunas, erros e ambigüidades das declarações negociais (art. 113); *impor limites a partir da boa-fé* (art. 187), a seu turno, deve representar o controle substancial de conteúdo do exercício dos direitos à luz desses mesmos parâmetros de probidade e lealdade; enquanto *criar deveres baseados na boa-fé* (art. 422), em sentido semelhante, deve significar a atribuição de vinculatividade jurídica a expectativas legítimas criadas pelo agente e a padrões de comportamento leal e probó socialmente aceitos.

A observância à boa-fé na oposição da *exceptio* está expressamente prevista em algumas legislações estrangeiras. O mais emblemático exemplo é o § 320 do BGB, cuja segunda alínea dispõe que, diante de cumprimento parcial da prestação, o excipiente “não pode por isso negar-se à contraprestação, se essa negativa, de acordo com as circunstâncias, especialmente pela relativamente pequena relevância da parcela restante, for contrária à boa-fé”. Na mesma linha, o art. 1.460 do Código Civil italiano é categórico em sua parte final: “não pode ser recusada a execução se, atendendo-se às circunstâncias, a recusa for contrária à boa-fé”.

A partir dessas regras foram construídos alguns postulados genericamente aceitos pelos autores brasileiros e por nossa jurisprudência. Considera-se que a *exceptio non adimpleti contractus* é invocada fora dos limites da boa-fé quando oposta com fundamento em prestação secundária, para obstar o cumprimento de obrigação principal<sup>509</sup> – o que, a nosso sentir, resulta na preocupação em identificar, no plano dos pressupostos, *quais obrigações são correspectivas entre si*, conforme analisamos nos itens 1.2 do Capítulo II *supra*, e, no plano dos limites, *quais descumprimentos podem gerar um abalo no programa contratual, globalmente considerado, suficiente para permitir a recusa do excipiente* (cf. item 4.2 *infra*); em sentido semelhante, também se diz que, se o autor estiver em mora quanto a parte relativamente mínima de sua prestação, o réu viola as regras da boa-fé ao se recusar a cumprir sua contraprestação<sup>510</sup>.

Decisão eloquente nesse sentido foi proferida pelo STJ, sob relatoria da Min. Denise Arruda, em que a 1ª Turma considerou *abusiva* a suspensão do fornecimento de energia elétrica por débito no montante de R\$ 0,85 (oitenta e cinco centavos), mantendo condenação à concessionária pelos danos causados ao usuário. A relatora questiona, em seu voto condutor: “foi legítimo, nesse caso, o corte no fornecimento de energia elétrica? A recorrente agiu no exercício regular de direito?”. E responde logo em seguida: “[n]o caso, é indiscutível que a suspensão do fornecimento de energia elétrica,

---

<sup>508</sup> Teresa Negreiros, “O princípio da boa-fé contratual”, in Maria Celina Bodin de Moraes (coord.), *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 237.

<sup>509</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 307.

<sup>510</sup> O ponto será objeto de exame nos itens 2.1 e 2.2 a seguir, especificamente no que toca aos efeitos da exceção de inexecução nos casos de cumprimento insatisfatório e de adimplemento substancial.

ainda que por um dia, constitui-se em medida *abusiva e desproporcional* (leia-se exercício manifestamente excessivo do direito)”<sup>511</sup>.

Conseqüência igualmente extraída da observância à boa-fé diz respeito à impossibilidade de invocação da *exceptio* quando o “[pretens]o] excipiente tenha dado causa à inexecução”<sup>512</sup>. São exemplos recorrentes desse raciocínio aqueles casos em que o contratante deixa de praticar atos necessários a que a contraparte cumpra o seu dever, como a falta de emissão de faturas pelo prestador de serviços.

A boa-fé também serve de base para a limitação aos efeitos concretos da exceção de contrato não cumprido perante cumprimento insatisfatório ou meramente parcial; conforme já se assinalou na jurisprudência portuguesa, “[a] boa fé constitui na verdade um limite à alegação da citada exceção face ao cumprimento inexacto ou parcial do contrato, podendo ou levar à sua negação ou pelo menos à sua redução em determinadas circunstâncias”<sup>513</sup>. O tema, dada sua relevância, será objeto de análise específica no item 4.2 *infra*.

Ainda com base na boa-fé, tendo-se em mente sua capacidade de estabelecer padrões de conduta entre as partes, é possível que a oponibilidade da *exceptio* seja obstruída em razão do dever de lealdade, por exemplo: basta pensar-se numa relação contratual de fornecimento, firmada a longo prazo, em que o devedor moroso, durante procedimento de renegociação de suas dívidas com o fornecedor, seja surpreendido com a suspensão do fornecimento de matéria-prima essencial para sua produção, tendo por base justamente a inadimplência que estava sendo objeto de reestruturação<sup>514</sup>.

---

<sup>511</sup> STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 811.690/RR, Rel. Min. Denise Arruda, v. u., j. 18.05.2006, grifos nossos. Pesou no raciocínio da relatora a circunstância de que “[n]o caso, [era] indiscutível que a suspensão do fornecimento de energia elétrica, ainda que por um dia, [constituiu-se] em medida abusiva e desproporcional (leia-se exercício manifestamente excessivo do direito). O saldo devedor *poderia*, muito bem, *ter sido cobrado por outros meios menos gravosos, mais adequados e razoáveis* (como, por exemplo, ser creditado na fatura do mês de novembro ou dezembro de 2003)” (grifos nossos).

<sup>512</sup> Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, cit., p. 201.

<sup>513</sup> Tribunal da Relação de Coimbra, Processo nº 264/04, Rel. Dr. Cardoso de Albuquerque, v. u., j. 24.10.2006.

<sup>514</sup> Exemplo semelhante, relativo ao exercício do direito de resolução, é apresentado por Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 84.

#### 4.1.3. A exceção de inadimplemento perante comportamentos contraditórios

Outra relevante restrição que tem sido imposta à exceção de contrato não cumprido, também baseada na boa-fé, consiste na sua vedação quando o comportamento do excipiente seja capaz de criar para o excepto uma confiança legítima de que a contraparte não suspenderá sua prestação diante de descumprimentos reiteradamente tolerados. Trata-se de decorrência do que se convencionou chamar *teoria dos atos próprios* ou *proibição ao comportamento contraditório*, tese condensada no adágio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium* – a ninguém é dado vir contra os próprios atos<sup>515</sup>.

Esta vedação, como ensinam os autores contemporâneos, pretende “impedir que a incoerência e a conseqüente ruptura da confiança causem prejuízo àquele que aderiu ao sentido objetivo da conduta inicial”<sup>516</sup>. Representa, pois, um limite ao exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento assumido anteriormente<sup>517</sup>, hipótese em que “há quebra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas”<sup>518</sup>. ANDERSON SCHREIBER indica quatro pressupostos para proibir-se um comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (iii) um comportamento contraditório com esse sentido objetivo (e, por isso mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição<sup>519</sup>.

---

<sup>515</sup> Sobre o tema, em geral, cf. Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., *passim*; e Antonio Junqueira de Azevedo, “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido”, cit., pp. 159-172.

<sup>516</sup> Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., p. 273.

<sup>517</sup> António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 742.

<sup>518</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido”, cit., p. 167.

<sup>519</sup> A análise pormenorizada de cada um desses requisitos se encontra em Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., pp. 123-154.



Cumpra esclarecer que, quando se menciona a idéia de confiança legítima, não se trata de qualquer expectativa, mas só daquela que, à luz das circunstâncias, esteja devidamente fundada em comportamentos concretos, comissivos ou omissivos, que permitam ao contratante confiar na sua manutenção – daí porque se fala em *confiança legítima*, ou seja, numa expectativa qualificada. Ademais, o comportamento contraditório somente será proscrito quando for injustificável e, ainda, quando a reversão das expectativas criadas gere potenciais prejuízos à contraparte.

A principal referência jurisprudencial recente que se tem feito sobre o tema remete a acórdão relatado em 1989 por RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, à época integrante da 5ª Câmara Cível do TJRS, no qual se reconheceu a vedação ao *venire contra factum proprium* como fundamento para impedir que o alienante de um estabelecimento comercial frustrasse expectativas legítimas criadas ao adquirente, referentes à sua colaboração na manutenção das relações com os antigos fornecedores<sup>520</sup>. Desde então, vários tribunais passaram a reconhecer o argumento, sendo hoje comum encontrarem-se decisões recentes a respeito na jurisprudência brasileira<sup>521</sup>.

Sendo uma espécie de limite ao exercício de direitos, a proibição de comportamento contraditório pode afetar a oponibilidade da exceção de contrato não cumprido naquelas ocasiões em que o comportamento do excipiente tiver criado para o excepto uma legítima confiança de que determinadas condutas não seriam reconhecidas por aquele como descumprimento contratual.

Esta tese serviu como um dos argumentos decisivos para a 4ª Turma do STJ dar provimento ao Recurso Especial nº 36.022, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo

---

<sup>520</sup> Reproduz-se a seguir o trecho mais relevante da ementa: “A vendedora de loja de vestuário, que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias, não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente” (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 589073956, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, v. u., j. 19.12.1989).

<sup>521</sup> Vejam-se, por exemplo, STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 60.129/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, v. u., j. 20.09.2004; STJ, 2ª T Turma, Recurso Especial nº 47.015/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, v. u., j. 16.10.1997; STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 95.539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v. u., j. 03.09.1996; TJRJ, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2003.001.19486, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, v. u., j. 15.10.2003; Tribunal de Justiça do Paraná, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 003422800, Rel. Des. Wilson Reback, v. u., j. 11.10.1989; TJSC, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 00.005904-8, Rel. Des. Silveira Lenzi, v. u., j. 27.04.2000.

Teixeira, em que Oliveira Rodrigues dos Reis litigava contra companhias componentes do Grupo Real Seguros. O autor, beneficiário de seguro de vida e acidentes pessoais, pleiteava das seguradoras o pagamento da verba securitária que considerava devida a partir da morte natural de sua esposa, ocorrida em outubro de 1987. As rés recusaram o pagamento sob o pretexto de que “prestações vencidas em 13.7.87 e 13.8.87 foram pagas com atraso, ambas em 24 de agosto daquele ano”, e que, por isso, a apólice teria sido automaticamente cancelada. O beneficiário replicou que as parcelas em atraso haviam sido pagas antes da ocorrência do sinistro, tendo sido inclusive lavrado recibo em seu favor.

Levada a questão ao STJ, prevaleceu o entendimento de que “os pagamentos com atraso eram ‘tolerados’ e ‘nunca foram eles considerados causa de cancelamento’”, não sendo razoável que “[s]ó no momento de pagar a indenização combinada [se tenha descoberto] a falha, usada para não cumprir o contrato”. Concluiu-se, então, que “não [era] de ser acolhida, ante a superveniência do evento morte objeto da cobertura securitária, a alegação de *exceptio non adimpleti contractus* fundada na falta de cumprimento, no tempo devido, da obrigação assumida”<sup>522</sup>.

Uma específica manifestação da teoria dos atos próprios, pela qual o comportamento reiterado do contratante funciona como fonte de perecimento de uma posição jurídica, em decorrência da impressão causada à contraparte de que não irá mais exercê-la, tem sido denominada *suppressio* ou *Verwirkung*<sup>523</sup>. Perante esse fenômeno, poderá o excipiente ser impedido de exercer seu direito de recusar o cumprimento, mesmo antes da consumação de um eventual prazo extintivo, caso permaneça tempo considerável sem fazê-lo, perante uma inadimplência do excepto. O fundamental, dizem

---

<sup>522</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 36.022/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, v. u., j. 16.04.1995. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “Direito Civil. Seguro de vida e acidentes pessoais. Prêmio pago com atraso. Pagamento aceito, sem qualquer ressalva. Posterior morte da segurada. Indenização devida. Arts. 937, 939, 940 e 1.432, CC. Recurso acolhido. Assentado pelas instâncias ordinárias que as seguradoras receberam o pagamento pelo prêmio efetuado com atraso, conferindo regular quitação, sem qualquer ressalva, por intermédio de instituição financeira a tanto autorizada, não é de ser acolhida, ante a superveniência do evento morte objeto da cobertura securitária, a alegação de *exceptio non adimpleti contractus* fundada na falta de cumprimento, no tempo devido, da obrigação assumida”.

<sup>523</sup> Sobre o assunto, cf. José Lamartine Corrêa de Oliveira, “A *Verwirkung*, a renúncia tácita e o direito brasileiro”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 272; Anderson Schreiber, *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., pp. 178-185; e Gustavo Kloh Müller Neves, *Prescrição e decadência no direito civil*, cit., pp. 72-75.

os estudiosos, é que o comportamento do titular lhe seja imputável como abandono ou tolerância, de acordo com os ditames da boa-fé<sup>524</sup>.

Esse raciocínio tem sido aplicado pela jurisprudência brasileira em precedentes relativos à suspensão de cobertura do risco por mora do estipulante. Tem-se entendido que, quando o segurador aceita reiterados pagamentos atrasados por parte do segurado, sem promover medidas sancionatórias, estaria vedada a suspensão da cobertura quando, entre o vencimento do prêmio e seu efetivo pagamento, ocorresse o sinistro, sob o fundamento de que o *comportamento* do segurador inculcaria no segurado a legítima expectativa de que seus atrasos estariam sendo tolerados<sup>525</sup>.

Ainda sob inspiração da boa-fé, suscita-se como ilegítima a conduta do contratante que descumpra regra contratada e vem posteriormente exigir da contraparte que seja fiel ao programa contratual. Trata-se da aplicação da regra do *tu quoque*<sup>526</sup>, em que a boa-fé impede a invocação de dois pesos e duas medidas, atuando, em síntese, como barreira a que a parte, depois de ter violado o pacto, venha reivindicar sua estrita aplicação pelo co-contratante<sup>527</sup>. JUDITH MARTINS-COSTA a conceitua como “regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído”<sup>528</sup>.

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO aponta uma relação próxima entre o *tu quoque* e a exceção de inadimplemento. Para o professor paulista, o instituto que

<sup>524</sup> Ou seja, a *suppressio* não se confunde “com a renúncia tácita, a qual, para Alejandro Borda, requer, além de uma *vontade negocial*, a possibilidade de o renunciante demonstrar a inexistência dessa declaração, o que apagaria o seu efeito extintivo, enquanto a *suppressio* se funda na boa-fé” (Guilherme Magalhães Martins, “A *suppressio* e suas implicações”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 32, out./dez. 2007, p. 146).

<sup>525</sup> À guisa de exemplo, cf. TJSC, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 97.002617-0, Rel. Des. Trindade dos Santos, v. u., j. 27.05.1997. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “Seguro. Falta de comunicação do evento. Irrelevância. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Mora. Admissão reiterada do pagamento tardio do prêmio. Superveniência de sinistro. Cancelamento do seguro em razão de mora verificada naquele mês. Atitude contraditória às anteriormente tomadas. Cobertura devida. Sentença aplaudida. Insurgência desacolhida”.

<sup>526</sup> A origem do termo remonta à célebre frase atribuída a Júlio César perante a traição de Marco Júnio Brutus (“*tu quoque, Brutus?*”), e, em sentido jurídico, representaria o seguinte argumento: “até você que agiu desse modo, vem agora exigir de mim um comportamento diferente?” (Antonio Junqueira de Azevedo, “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido”, cit., p. 169).

<sup>527</sup> António Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 837.

<sup>528</sup> Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 461.

estamos a examinar seria em si uma espécie de aplicação do *tu quoque* no Direito brasileiro, pois “quem não executou sua prestação no contrato sinalagmático não pode exigir, da parte contrária, a contraprestação”<sup>529</sup>. A idéia é compartilhada por NELSON ROSENVALD, para quem o *tu quoque*, “[n]o campo do adimplemento das obrigações, guarda grande semelhança com a *exceptio non adimpleti contractus*, uma vez que ambos objetivam preservar a proporcionalidade, o sinalagma contratual, e não apenas a confiança (como no *venire contra factum proprium*)”<sup>530</sup>.

Além dessa proximidade, o argumento do *tu quoque* pode servir como obstáculo à alegação da exceção de inadimplemento, numa espécie de “réplica” do excepto; assim, por exemplo, pode-se negar o recurso à exceção de inadimplemento quando o próprio excipiente, alegando quebra de dever de confidencialidade para suspender o cumprimento de sua obrigação, já havia violado anteriormente o mesmo dever.

#### 4.2. Os limites aos efeitos da exceção de inadimplemento

Foram vistos acima alguns casos em que a exceção de inadimplemento, após passar pelo exame de seus pressupostos, pode ter sua oponibilidade concretamente limitada por uma filtragem de conteúdo, baseada em diversos critérios. Outras hipóteses haverá, todavia, em que o direito a não cumprir será abstratamente reconhecível ao excipiente e oponível contra o excepto, embora encontre *limitações à sua eficácia concreta*; são circunstâncias em que a *exceptio non adimpleti contractus* não opera em sua plenitude, tendo seus efeitos (analisados no Capítulo III desta dissertação) parcial ou integralmente limitados. Poder-se-ia denominá-las, para usar expressão hoje em voga, fatores de *modulação dos efeitos da exceção de inadimplemento*.

##### 4.2.1. A exceção de inadimplemento diante de cumprimento imperfeito

Como se esclareceu no item 2.2.3 do Capítulo II, a *exceptio non adimpleti contractus* é alegável diante de qualquer inadimplemento *lato sensu* – seja

---

<sup>529</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido”, cit., p. 169.

<sup>530</sup> Nelson Rosenthal, *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142.

incumprimento definitivo, inadimplemento absoluto, mora, cumprimento imperfeito, vícios redibitórios, enfim, dê-se a classificação que se queira dar a qualquer hipótese em que uma obrigação correspectiva não seja integralmente cumprida pelo excepto (isto é, em que os interesses contratuais do excipiente não sejam plenamente alcançados). Verificada a inadimplência, pode o *excipiens*, se lhe for conveniente, recusar-se a cumprir a obrigação que lhe compete, produzindo a exceção de contrato não cumprido os efeitos práticos e jurídicos de que é capaz: suspender a exigibilidade da obrigação; impedir a configuração de um inadimplemento imputável; pressionar a contraparte a adimplir; garantir o excipiente contra um desfalque patrimonial do excepto etc. Efeitos esses, lembre-se, que têm como unidade essencial o propósito de *garantir ao excipiente que não será obrigado a cumprir enquanto não lhe for assegurado o concreto atendimento de seus interesses contratuais, mediante o adimplemento correspectivo*.

Há casos, contudo, em que os interesses contratuais do excipiente são *parcialmente atingidos* – ou seja, embora seus interesses não sejam alcançados plenamente, ao menos há alguma execução do contrato, que lhe proporciona alguma utilidade. Está-se, pois, num “meio caminho” entre o absoluto desatendimento aos anseios do credor e a totalidade de sua satisfação concreta, conforme contratualmente planejado. Em hipóteses tais, quando o descumprimento do excepto não atingir a integralidade da obrigação, quando sua obrigação tiver sido cumprida insatisfatoriamente, havendo, em ambos os casos, a produção de algum resultado útil em benefício do excipiente, é possível que os efeitos da *exceptio* sejam *reduzidos*, tendo extensão apenas parcial, constituindo aquilo que se convencionou denominar *exceptio non rite adimpleti contractus*, ou “exceção de contrato insatisfatoriamente cumprido”.

Não há diferenças substanciais entre as duas figuras. Como sintetiza ORLANDO GOMES, “[a] *exceptio non rite adimpleti contractus* é, no fundo, a mesma *exceptio non adimpleti contractus*, dado que o cumprimento parcial, inexato ou defeituoso, equivale a inadimplemento. Difere, porém, nos efeitos”<sup>531</sup>. Por outras palavras, a expressão simboliza tão-somente o fenômeno da redução dos efeitos da exceção de inadimplemento. Ficam as dúvidas, todavia, sobre como definir-se a extensão desses efeitos potencialmente reduzidos. O recurso à exceção de inadimplemento terá seus

---

<sup>531</sup> Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 110.

efeitos limitados *sempre* que verificado um cumprimento parcial ou imperfeito? E como se fixa o *quantum* da prestação que pode ser legitimamente suspensa pelo excipiente?

O problema serve-nos para demonstrar novamente a relevância de precisar-se a *função* a que se destina a *exceptio non adimpleti contractus*. Tendo sido afirmado neste trabalho, com certa insistência, que o mecanismo não tem em sua essência uma natureza coercitiva ou sancionatória, e que seu propósito é *garantir ao excipiente* que sua obrigação não lhe será exigível enquanto o excepto não assegurar o *efetivo atendimento dos interesses contratuais* daquele, é indispensável adotar a função precípua do instituto como chave de leitura para definir a extensão em que os efeitos da exceção de contrato não cumprido serão produzidos.

Dessa maneira, incumbe ao intérprete verificar qual o *resultado útil concretamente proporcionado pelo adimplemento*, ainda que parcial ou insatisfatório, para modular os efeitos da *exceptio non (rite) adimpleti contractus*<sup>532</sup>. Deve ser assegurado ao excipiente o exercício de seu direito a não cumprir na medida necessária a que se lhe garanta o pleno atendimento futuro de seus interesses contratuais, sem desconsiderar-se o conteúdo já prestado, que pode lhe ter alguma utilidade e, por isso, tornar desnecessária (quicá excessiva) a suspensão integral de sua obrigação correspondente. Como diz ADRIANO VAZ SERRA, “nestas hipóteses (cumprimento ou oferecimento de cumprimento parcial ou inexacto, imperfeito ou defeituoso), (...) o contraente pode recusar a sua prestação enquanto a outra não for completada ou rectificadas. No entanto, a recusa pode mostrar-se então contrária à boa-fé, como se o que falta prestar é uma pequena parte, que na ocasião não possa ser prestada. (...) O

---

<sup>532</sup> Tal constatação também nos serve para relativizar, com as devidas vênias, o entendimento de certa forma dominante entre os autores brasileiros quanto ao conteúdo da *exceptio non rite adimpleti contractus*. Costuma-se dizer que essa ferramenta seria “relativa à hipótese de descumprimento parcial da prestação” (Maria Helena Diniz, *Código Civil anotado*, cit., p. 766), ou que teria como pressuposto “a execução insuficiente, defeituosa, diferente ou incompleta” (Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 5, t. 2, cit., p. 25). Repetimos aqui, como se fez nos itens 1.3 e 2.3 do Capítulo II, que não é a *classificação de um fenômeno* que deve guiar a atenção do intérprete, mas o *fenômeno em si*, seus efeitos jurídicos, suas conseqüências práticas. Salvo melhor juízo, não importa saber se o incumprimento foi “relativo” ou “parcial”, “absoluto” ou “integral”; se o adimplemento foi “defeituoso” ou “insatisfatório”. E tampouco é somente o “grau” ou “relevância” do inadimplemento que deverá conduzir o raciocínio. Ao intérprete incumbe aferir, sobretudo, a extensão *quantitativa e qualitativa do resultado útil proporcionado por aquilo que foi cumprido pelo excepto*, e não a classificação ou apenas a extensão do inadimplemento em si. Será especialmente com os olhos postos no resultado útil proporcionado ao excipiente que o julgador deverá moldar a definição dos efeitos concretos da *exceptio non adimpleti contractus*.

razoável é que, em tal caso, lhe seja consentido apenas recusar uma parte da sua prestação, *bastante para se garantir da parte não cumprida*<sup>533</sup>.

De fato, se a obrigação, ainda que parcial ou insatisfatoriamente cumprida, proporcionar algum *conteúdo útil* ao excipiente, conforme a economia do contrato em exame, soaria irrazoável permitir-lhe suspender integralmente o dever correspectivo que lhe compete, sob pena de a exceção de contrato não cumprido protegê-lo para além de suas próprias funções. Daí porque se consagrou a solução de, diante do adimplemento parcial ou imperfeito, mas útil, permitir-se uma suspensão igualmente *parcial, proporcional* da contraprestação<sup>534</sup>. Perante a incompletude ou imperfeição da prestação cumprida pelo excepto, a recusa temporária pelo excipiente deve ser realizada na medida suficiente a protegê-lo do risco de cumprir sem receber a contrapartida; dito de outra forma, o direito a não cumprir deve ser exercido *na proporção em que os interesses contratuais do excipiente ainda não tiverem sido atingidos*<sup>535</sup>.

É exemplar, nesse sentido, precedente paulista no qual Manoel Justino dos Santos cobrava o pagamento de preço relativo a imóvel transferido a Luiz Marques da Silva, além do ressarcimento por tributos arcados pelo alienante e que deveriam ser pagos pelo adquirente. O réu justificava sua inadimplência na falta de regularização do imóvel junto às autoridades pertinentes, o que era de incumbência do alienante e, no seu entender, explicava o porquê de não ter pago os tributos e também o legitimava a não pagar as parcelas do preço. Em acórdão conduzido pelo Des. Ariovaldo Santini Teodoro, a 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP asseverou que “[c]onquanto certo que o autor não regularizou a situação do imóvel perante a Municipalidade, esse

<sup>533</sup> Adriano Vaz Serra, “Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)”, cit., p. 42, grifos nossos.

<sup>534</sup> Conforme anota Giovanni Persico, “o juiz poderá, com efeito, ou excluir a *exceptio non adimpleti contractus* ou declará-la, ainda que de ofício, parcialmente infundada. Pode-se verificar, portanto, que o inadimplemento seja, pois, de leve importância, de modo a consentir somente uma suspensão parcial ou proporcional da contraprestação” (*L’eccezione d’inadempimento*, cit., p. 145). Essa percepção não é nova, tendo sido objeto de decisão da *Corte di Cassazione* italiana em 1954, citada por Giovanni Persico na mesma p. 154 de sua obra, e que, pela síntese, merece reprodução parcial: “para se concluir pela aplicabilidade do princípio *inadimplenti non est adimplendum* cumpre proceder a uma apreciação comparativa da conduta de ambos os contratantes em relação à argüida recíproca falta de cumprimento, firmando não só a subsistência, mas tomando em consideração as suas relações de sucessão, causalidade e proporcionalidade, a relativa gravidade e eficácia em face da finalidade econômica complexiva do contrato e conseqüente influência sobre a sua sorte”.

<sup>535</sup> A lógica que preside esse raciocínio, guardadas as devidas proporções, é ligeiramente semelhante à que se manifesta em diversas regras específicas do Código Civil sobre o *abatimento* no valor de determinadas prestações devidas quando a contraprestação tiver sido deteriorada (arts. 235, 443, 500 e 616).

descumprimento, em face do princípio da proporcionalidade, não autorizava a que o réu suspendesse a integralidade do pagamento das prestações. Admissível seria a suspensão *apenas do pagamento dos débitos tributários, e apenas enquanto irregular o imóvel (...), [subsistindo] íntegras as demais obrigações a cargo do réu*<sup>536</sup>.

Além disso, é importante que o intérprete perquirira se o recurso à exceção de contrato não cumprido, no caso concreto, será meio adequado à tutela dos interesses do excipiente – ou se será excessivamente gravoso para o excepto e eventuais terceiros dignos de proteção<sup>537</sup>. Também deve ser observada a proporção entre o inadimplemento ocorrido e a obrigação a ser suspensa pelo excipiente<sup>538</sup>.

Tais critérios – *adequação do mecanismo, proporcionalidade* entre a obrigação inadimplida e a obrigação recusada pelo excipiente, e *risco de causar prejuízo ao excepto* – foram utilizados em interessante litígio decidido pelo STJ, sob relatoria do Min. FERNANDO GONÇALVES, a respeito de uma promessa de compra e venda imobiliária. O imóvel, localizado em luxuoso condomínio, fora negociado em 2002 pelo valor de um milhão e novecentos mil reais. Alguns meses após o transcurso do prazo contratualmente estabelecido para a quitação dos débitos pendentes relativos ao IPTU, a cargo dos promitentes-vendedores, os promitentes-compradores decidiram interromper o pagamento das prestações mensais relativas ao preço, momento em que já haviam desembolsado aproximadamente novecentos mil reais.

---

<sup>536</sup> TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível com Revisão nº 602.323-4/8-00, Rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, v. u., j. 09.12.2008, grifos nossos. Note-se o trecho final do acórdão: “Cabível, portanto, manter a procedência *parcial* da ação para condenar o réu no pagamento de indenização pela ocupação indevida no imóvel a partir de 24 de setembro de 2006 até a data da efetiva desocupação, porém, *afastar a condenação no pagamento dos débitos tributários em razão do acolhimento da exceptio non adimpleti contractus*” (grifos nossos).

<sup>537</sup> Miguel Reale também indica a importância de evitar-se a criação de situações gravosas ao excepto quando da alegação do instituto (“A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 25).

<sup>538</sup> Como diz Nelson Rosenvald, “urge sempre precisar a proporcionalidade entre a inexecução da contraparte e o exercício da exceção (...) [sendo considerada abusiva] a conduta daquele que se recusa a cumprir a obrigação em razão de um inadimplemento mínimo praticado pela contraparte”; busca-se evitar, pois, que “a alegação da *exceptio* [acabe] se convertendo em uma escuda indevida ao cumprimento do contrato” (“Contratos (geral)”, in Cezar Peluso (coord.), *Código Civil comentado*, 3. ed., São Paulo: Manole, 2009, pp. 466-467). No mesmo sentido, cf. Rafael Villar Gagliardi, *A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 163, com destaque para sua bem lançada colocação: “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*” (grifos nossos).



Inconformados, os promitentes-vendedores ajuizaram ação resolutória, cumulada com pedido de reintegração de posse, considerando descabida a interrupção dos pagamentos pelos promitentes-compradores. Os réus, em resposta, alegaram que a suspensão dos pagamentos lhes era autorizada, tanto pela *exceptio non adimpleti contractus* como por cláusula contratual específica<sup>539</sup>, com base na inadimplência do IPTU em aberto, motivo pelo qual o pedido de resolução não deveria ser acolhido. A demanda foi julgada improcedente em primeira instância, mesmo tendo os promitentes-vendedores demonstrado a quitação dos débitos fiscais, pois o juízo monocrático entendeu que a juntada dos documentos comprobatórios tinha sido intempestiva e que, sem prova de que os promitentes-compradores haviam sido notificados sobre a quitação dos tributos, sua recusa em adimplir seria legítima. No julgamento da apelação dos promitentes-vendedores, a 7ª Câmara Cível do TJRJ manteve a decisão recorrida, apesar do voto divergente da Des. HELENA CÂNDIDA LISBOA GAEDE<sup>540</sup> – voto este cujo entendimento foi acompanhado, à unanimidade, pela 4ª Turma do STJ, conduzindo ao provimento do pedido resolutório, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. DESCUMPRIMENTO PARCIAL DA AVENÇA. ESCASSA IMPORTÂNCIA. 1. Em havendo mora de um contratante (vendedor) de escassa importância, relativa a débito de IPTU, a suspensão indefinida do pagamento por parte do outro contratante (comprador) de importância de aproximadamente um milhão de reais, já estando aquele gravame tributário liquidado, com sua manutenção na posse do bem (imóvel), a *exceptio* favorece ao primeiro, acarretando a rescisão da avença. 2. A exceção, consoante a melhor doutrina, não pode ‘ser levada ao extremo de acobertar o descumprimento sob invocação de haver o outro deixado de executar parte mínima ou irrelevante da que é a seu cargo’. 3. Recurso especial conhecido<sup>541</sup>.

A tão-só reprodução do acórdão, embora eloquente, não condiz com o brilhantismo do *procedimento decisório* apresentado pela Des. HELENA GAEDE e pela 4ª

<sup>539</sup> Eis o teor parcial da cláusula, conforme reproduzida no relatório do acórdão: “[O] imóvel acha-se livre e desembaraçado de todo e qualquer ônus judicial ou extrajudicial, hipoteca legal ou convencional, foro ou pensão até a presente data, devendo, entretanto, impostos e taxas que os outorgantes deverão quitar até o vencimento da segunda prestação de R\$ 26.666,66 (vinte e seis mil seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos), que é em 20.01.2003, abaixo citada, podendo o outorgado suspender *sine die* o pagamento desta segunda prestação até os outorgantes quitaarem os impostos e taxas atrasados, sem qualquer ônus para os outorgados”.

<sup>540</sup> TJRJ, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.30783, Rel. Helena Cândida Lisboa Gaede (à época, juíza designada; hoje, desembargadora), v. m., j. 08.11.2005.

<sup>541</sup> STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 883.990/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, v. u., j. 01.04.2008.

Turma do STJ, metodologicamente impecável – e, com isso, diga-se de passagem, não se faz nenhum juízo de valor sobre o *mérito* da causa (o que não é de nossa alçada), mas apenas o registro de estar-se diante de votos exemplares, absolutamente em linha com as necessidades contemporâneas da teoria da interpretação, que atribui à *fundamentação racional* das decisões judiciais o papel de conduzir a reconstrução do conceito de segurança jurídica<sup>542</sup>. Eis porque é imperioso analisar os *argumentos* compartilhados entre o voto vencido na apelação e os votos unânimes no julgamento do recurso especial.

A legitimidade da *exceptio* alegada pelos réus foi afastada sob o entendimento de que, se não sabiam da quitação do IPTU até antes da juntada dos comprovantes pelos autores, passaram a saber depois, e mesmo assim permaneceram sem pagar as parcelas do preço<sup>543</sup>; também se aduziu que era simples aos promitentes-compradores consultar a situação fiscal do imóvel para verificar se os débitos haviam sido ou não quitados<sup>544</sup> – por outras palavras, utilizou-se a idéia de *boa-fé subjetiva*, isto é, a de que as partes *sabiam ou deveriam saber* acerca da existência de determinada situação de fato<sup>545</sup>.

---

<sup>542</sup> Na lição de Gustavo Tepedino, “[i]mpõe-se a reconstrução da segurança jurídica, liberta do positivismo regulamentar. Diante da profusão das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, com a ampliação do espaço de construção da jurisprudência, espera-se dos juízes a definição, paulatina, de padrões de conduta socialmente admissíveis, e não regras estanques de comportamento para fatos previamente estabelecidos pelo legislador. A segurança jurídica há de ser redesenhada, a partir do vasto material jurisprudencial, por força da fundamentação e da argumentação que legitimam as decisões, não já pela mera invocação de regras legais abstratas, que sirvam de salvo conduto para o magistrado, excluindo-lhe a responsabilidade política de sua atividade” (“Velhos e novos mitos na teoria da interpretação”, in *Temas de direito civil*, t. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 421). Em sentido convergente, cf. Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 274, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “Interpretação”, in *Revista AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, nº 45, mar. 1989, p. 7; e José de Oliveira Ascensão, “Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 28, out./dez. 2006, p. 83.

<sup>543</sup> É o que disse a Des. Helena Gaede em seu voto: “[s]e os [promitente-compradores] não efetuaram o pagamento das prestações do saldo devedor por não terem tido ciência do pagamento dos impostos, já que a notificação pública enviada pelos [promitentes-vendedores] nada menciona quanto a já estarem pagos, certamente, considerando que o fato foi reconhecido na sentença, da qual não apelaram, não se sabe o porquê de ainda não terem pago o restante do preço, arriscando-se à perda do imóvel”.

<sup>544</sup> Novamente nas palavras da Des. Helena Gaede: “Com efeito, nada justifica o não pagamento das demais prestações do imóvel, por apego a alegada falta de ciência do pagamento do IPTU, ou até mesmo por eventual débito, irrisório em face do montante do saldo devedor, quando basta acessar-se o ‘site’ da Receita Federal, fornecendo-se o número de inscrição do imóvel, para ter-se ciência do pagamento dos impostos, do que resulta a inadimplência dos [promitente-compradores] com a obrigação fundamental do contrato, qual seja, de pagar o preço pelo bem adquirido”.

<sup>545</sup> Em resumo, a boa-fé subjetiva consiste na análise do *estado de consciência do agente* para avaliação de um dado comportamento; é referida em diversos dispositivos legais, como no art. 1.201 do Código Civil: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa” (grifos nossos). Seu “contraponto” à boa-fé objetiva seria o fato de esta consistir, não num exame

Deu-se destaque, é bom registrar, para a *desproporção* entre a dívida fiscal supostamente em aberto (que montava a *trinta e sete mil reais*, em cálculos aproximados) e o saldo ainda a ser pago pelos promitentes-compradores (que se aproximava a *um milhão de reais*)<sup>546</sup>. Ainda foi considerado o fato de que a interrupção dos pagamentos não pareceu ser *medida adequada* para a proteção dos interesses dos promitentes-compradores, pois eles próprios poderiam providenciar a quitação do IPTU e abater da parcela seguinte o valor respectivo<sup>547</sup>; julgou-se, à luz da *boa-fé*, que essa não era a conduta socialmente esperada diante de tais circunstâncias<sup>548</sup>. Outro critério levado em conta foi a *repercussão* do mecanismo em prejuízo do excepto, tido como “excessivamente oneroso” no caso concreto<sup>549</sup>. Até mesmo *condições pessoais dos*

sobre a *consciência* do agente, mas sobre o seu *comportamento*, pelo que resume Bruno Lewicki: “podemos identificar uma boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, e uma boa-fé objetiva, ou boa-fé lealdade” (“Panorama da boa-fé objetiva”, cit., p. 57). A bem dizer, essa separação não chega a ser estanque, como o próprio autor reconhece ao anotar que as figuras “divergem entre si na mesma medida em que se complementam” (p. 58). Afinal, os parâmetros de conduta utilizados para apreciar a atuação do agente devem, por vezes, ser conjugados com sua intenção, com aquilo que o moveu a praticar ou deixar de praticar certo ato; de outra parte, na análise da *consciência* do sujeito também devem ser considerados certos padrões hauridos da experiência social, sobretudo naquelas circunstâncias em que o agente, embora não tivesse ciência de determinado fato, ao menos *podia* ou *deveria* tê-lo; registre-se, a propósito, o artigo de João Baptista Vilella, “Apontamentos sobre a cláusula ‘... ou deveria saber’”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 32, out./dez. 2007, pp. 161-178.

<sup>546</sup> Conforme o voto do Min. Fernando Gonçalves, “sem dúvida, [havia], nada obstante o descumprimento parcial dos [promitentes-vendedores] da avença com a quitação dos débitos fiscais fora do prazo avençado, uma flagrante desproporcionalidade entre este fato e a retenção das parcelas devidas pela compra do imóvel, quando não mais existente aquela causa impeditiva. Como consignado na transcrição feita, para um débito fiscal de mais ou menos R\$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), sobrevém uma retenção, extremamente onerosa e desigual, de aproximadamente R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sendo certo, por outro lado, que em relação ao imóvel, objeto do negócio, já houve a tradição, a indicar, quando nada, o adimplemento substancial do contrato. A obrigação principal, repita-se, é a entrega do imóvel, já concretizada, mediante pagamento em tratos sucessivos”.

<sup>547</sup> “[O] valor das prestações [superava] em muito o quantitativo atribuído ao Fisco e que, comodamente, poderia ser abatido do valor devido”, registrou o Min. Fernando Gonçalves. A mesma noção foi utilizada pela Des. Helena Gaede, para quem “se [podia] utilizar o meio menos complicado, de deduzir-se do valor de venda do imóvel o valor dos impostos não pagos, eis que, por ser esta obrigação *propter rem*, acompanha o imóvel, e poderia onerar os compradores, que, além do preço, ainda teriam que arcar com o valor dos IPTUs em atraso”.

<sup>548</sup> O elemento da boa-fé foi trazido pelo Min. João Otávio de Noronha: “Ademais, no contexto em que se desenvolveu a controvérsia, questiono: Qual conduta se espera dos contratantes nos casos da espécie? Ora, ocorrendo o inadimplemento do tributo, quem detém a maior parcela devedora – no caso, [os promitentes-compradores] –, deve simplesmente pagar a quantia devida e, subseqüentemente, pedir a respectiva compensação ou, no mínimo, viabilizar o valor da prestação para que os apelantes possam saldar, salvar e fazer prevalecer a vontade inicial das partes”. Nesse contexto, o ministro entendeu “que não foi observado o princípio da boa-fé do contrato”.

<sup>549</sup> No voto proferido pela Des. Helena Gaede, lê-se que “os [promitentes-vendedores] possuíam uma casa de 800 m<sup>2</sup> no Loteamento Malibu e um apartamento destinado à moradia de sua filha que ia casar, e, com a separação conjugal dos [promitentes-vendedores], cada qual comprou, com o dinheiro já pago pelos [promitentes-compradores], um pequeno imóvel para residirem. Ao deixarem os [promitentes-compradores] de pagar as demais prestações do saldo devedor, [os promitentes-vendedores] foram obrigados a vender de imediato o apartamento que iriam dar à sua filha, para pagar os compromissos com os promitentes vendedores do apartamento menor, e que tiveram que passar para outro comprador, por não terem como pagar as prestações”.

*litigantes* foram tomadas como parâmetro<sup>550</sup>, inclusive para concretização da *boa-fé* no caso concreto<sup>551</sup>.

Em suma: não há critérios rígidos para definir-se a extensão dos efeitos da *exceptio non adimpleti contractus*. Deve o intérprete, à luz das circunstâncias concretas, avaliar a ocorrência de diversos fatores para restringir ou consagrar a suspensão praticada pelo excipiente, entre eles: (i) o *resultado útil* produzido pela prestação efetuada; (ii) o *risco* a que o excipiente fica submetido de não obter a contraprestação; (iii) a *gravidade* da inadimplência do excepto; (iv) a *proporcionalidade* entre o dever descumprido e aquele a ser suspenso; (v) a *adequação* entre a interrupção do cumprimento e o interesse do excipiente a ser protegido; (vi) a potencialidade de a exceção de inadimplemento resultar *excessivamente gravosa* para o excepto ou terceiros. Deve-se, pois, ser realizado um exame de *compatibilidade* entre a *função abstrata* da exceção de contrato não cumprido e a *função concreta* visada pelo excipiente quando de seu oferecimento. Por outras palavras, conforme precedente do STF relatado pelo Min. OROZIMBO NONATO, “permite-se a exceção conforme a *natureza e importância da parcela satisfeita e atendendo-se às circunstâncias do caso*”<sup>552</sup>.

Vale destacar, ainda, que, explorada sua potencialidade, a chamada *exceptio non rite adimpleti contractus* pode servir, na prática, como uma ferramenta capaz de trazer ao regime geral dos contratos, embora por via transversa, a possibilidade de tornar exigível a substituição, o reparo ou a complementação de uma prestação mal realizada, sem que o excipiente precise ingressar em juízo para tanto<sup>553</sup>. Se o excipiente está

---

<sup>550</sup> Ainda conforme o voto da Des. Helena Gaede: “Atente-se que os promitentes compradores sequer pagam a cota de contribuição do imóvel à associação dos moradores, equivalente à cota condominial, que também onera o promitente vendedor, sendo inconcebível que um promitente comprador, com condições financeiras para cumprir com a sua obrigação, permaneça sem nada pagar, arriscando-se a perder o imóvel, em razão de uma condição suspensiva imposta unilateralmente, que acarretou uma vantagem excessiva a seu favor, observando-se que os promitentes compradores são advogados, e os promitentes vendedores, leigos”.

<sup>551</sup> Nas palavras do Min. João Otávio de Noronha, “a conduta dos [promitentes-compradores] não foi aquela que se espera de um homem com o conhecimento que tem – advogado, ou seja, com curso superior – ou de um homem de conduta média diante de uma situação em que se impede a realização do contrato”.

<sup>552</sup> STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 5.109/SC, Rel. Min. Oroszimbo Nonato, v. u., j. 22.04.1947, grifou-se.

<sup>553</sup> Trata-se de algo que não é previsto no Direito brasileiro sequer no regime dos vícios redibitórios, cujas regras expressas se resumem a atribuir ao contratante prejudicado os direitos de redibir o contrato ou de requerer abatimento do preço.

legitimado a recusar o cumprimento integral da sua obrigação enquanto a contraparte também não providenciar a total satisfação de seus interesses contratuais, significa dizer que a *exceptio*, indiretamente, contribui para “constranger o contratante a corrigir e emendar sua prestação”<sup>554</sup>. Conforme já se anotou em nossa jurisprudência, “[s]empre que a obrigação não é cumprida pelo modo devido, a outra parte pode recusar-se a cumprir a sua, até que seja completada ou melhorada pertinentemente”<sup>555</sup>.

Pode ser mais prático ao excipiente, portanto, fazer uso da *exceptio non rite adimpleti contractus* do que recusar integralmente a entrega de determinada prestação, ou do que efetuar o adimplemento de sua obrigação e pleitear em juízo o cumprimento correspondente, o abatimento do preço ou a indenização dos danos sofridos.

#### 4.2.2. A exceção de inadimplemento diante de adimplemento substancial

Ainda no tocante aos efeitos de um cumprimento incompleto, mas com conteúdo útil ao excipiente, é interessante tecermos algumas breves linhas sobre as repercussões da *exceptio non (rite) adimpleti contractus* perante aquilo que se convencionou denominar *adimplemento substancial do contrato*, construção teórica baseada em figura contratual anglo-saxã chamada *substancial performance* e que vem se disseminando entre nossos tribunais e estudiosos<sup>556</sup>.

<sup>554</sup> Araken de Assis, *Do direito das obrigações*, cit., p. 662.

<sup>555</sup> TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1998.001.12816, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, v. u., j. 01.12.1998. Trata-se de passagem inspirada na obra de Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 110. É em sentido semelhante que Miguel Reale considera a *exceptio* “equiparada”, até certo ponto, ao pedido reconvenicional, “na medida em que um contratante subordina o adimplemento de uma obrigação própria à prévia satisfação pelo outro de prestação considerada viciada ou defeituosa” (“A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 30).

<sup>556</sup> O tema é objeto de diversos trabalhos específicos recentes, com destaque para os seguintes: Eduardo Luiz Bussatta, *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008; Lucas Gaspar de Oliveira Martins, *Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, sob orientação do Professor Doutor Silvio Luís Ferreira da Rocha, 2008; Vivien Lys Porto Ferreira da Silva, *Adimplemento substancial*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, sob orientação do Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni, 2006; Celso Quintella Aleixo, *Adimplemento substancial e resolução dos contratos*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela UERJ, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Tepedino, 2005. Pelo pioneirismo, não se pode deixar de mencionar também o artigo de Anelise Becker, “A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, vol. 9, nº 1, nov. 1993, pp. 60-70.

A questão ganhou robustez teórica e notoriedade após a publicação, em 1980, de conferência proferida no ano anterior por CLÓVIS DO COUTO E SILVA durante a 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, realizada em Porto Alegre<sup>557</sup>. Segundo o professor gaúcho, o *adimplemento substancial* seria aquele cumprimento “tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão-somente o pedido de indenização”<sup>558</sup>.

Sob inspiração desse ensinamento, diz ANELISE BECKER, o adimplemento substancial consiste em atestar que em determinadas hipóteses, apesar de uma obrigação não ter sido integral e absolutamente adimplida, “foi cumprido *aquilo que era essencial* na relação obrigacional e, por isso, *satisfeitos os interesses do credor*”<sup>559</sup>. Por esse ângulo, o credor não estaria defendendo qualquer interesse legítimo ao lançar mão dos remédios sinalagmáticos<sup>560</sup>. No entanto, seriam mantidas em seu favor as pretensões ao ressarcimento das perdas e danos, a compensarem-se as diferenças ou prejuízos relativos à prestação imperfeita e, se possível, ao pedido de adimplemento integral e perfeito.

A tese tem sido acolhida pela jurisprudência brasileira, havendo cada vez mais precedentes a respeito<sup>561</sup>; o fundamento que normalmente se lhe atribui é a boa-fé, em sua feição limitativa ao exercício de posições jurídicas<sup>562</sup>. Mas essa noção não chega a

---

<sup>557</sup> O artigo “O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português” foi inicialmente publicado em obra coletiva organizada pela Editora Revista dos Tribunais contendo os anais do evento, intitulada *Estudos de direito civil brasileiro e português: 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. Foi republicado em 1997 na coletânea de textos do professor gaúcho organizada por Véra Maria Jacob de Fradera, *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, editada em Porto Alegre pela Livraria do Advogado, pp. 33-58.

<sup>558</sup> Clóvis do Couto e Silva, “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”, in Véra Maria Jacob de Fradera (org.), *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 45.

<sup>559</sup> Anelise Becker, “A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista”, cit., p. 61, grifos nossos.

<sup>560</sup> Anelise Becker, “A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista”, cit., p. 66.

<sup>561</sup> Cf., como exemplos, TJRS, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70013235585, Rel. Des. Sejalmo Sebastião de Paula Nery, v. u., j. 23.07.2007; TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2003.001.18299, Rel. Des. Odete Knaac de Souza, v. u., j. 13.04.2004; TJRS, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70002184729, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, v. u., j. 27.11.2003; TJRJ, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2002.001.02808, Rel. Des. Ronald Valladares, v. u., j. 06.05.2003.

<sup>562</sup> Pela eloquência, confira-se o seguinte trecho de voto relatado pelo então ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de

ser uma completa novidade no Direito brasileiro, visto que, há tempos, justamente no âmbito da *exceptio non adimpleti contractus*, já se propõe a ilegitimidade da recusa do excipiente quando o excepto deixa de cumprir “parte mínima”<sup>563</sup>, levando-se em consideração os aspectos globais do adimplemento.

É de se notar que os principais estudos referentes ao adimplemento substancial se preocupam em restringir o direito potestativo de *resolução*<sup>564</sup>, dados seus efeitos drásticos, que causam a extinção do contrato e potencial prejuízo ao devedor (que, embora inadimplente, despense algum esforço para cumprir o pactuado) – embora não chegue a ser incomum entre os autores a sugestão incidental de que o oferecimento da *exceptio non adimpleti contractus* estaria igualmente vedado diante do adimplemento substancial<sup>565</sup>.

Apesar da imensa potencialidade do instituto, observa-se na jurisprudência brasileira certa tendência a manter o foco na proporção, por vezes numérica, do que tenha sido prestado de modo incompleto, sendo comum verem-se decisões no sentido de que, após adimplidas determinadas “porcentagens” da prestação devida, não seria razoável o acesso à via resolutória, num raciocínio puramente abstrato. Os tribunais vacilam, todavia, quanto a tais porcentagens, havendo decisões que acolhem ou que negam a extinção contratual diante de parâmetros quantitativos muito semelhantes. Tais circunstâncias já foram objeto da crítica de ANDERSON SCHREIBER, para quem “[p]ior que a incongruência entre decisões proferidas com base em situações fáticas

---

importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva” (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 272.739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v. u., j. 01.03.2001).

<sup>563</sup> Na doutrina, a expressão é utilizada, entre outros, por Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, vol. 3, cit., p. 160); na jurisprudência, confira-se, a título de exemplo, o seguinte precedente do Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo: “Despejo – Falta de pagamento – Mora não purgada – Descumprimento de obrigação – Irrelevância – Cabimento. A ‘*exceptio non adimpleti contractus*’, é incabível quando a outra parte deixou de satisfazer *parte mínima* da prestação a seu cargo. A transferência de linha telefônica pelo locador a terceiro não justifica o não pagamento do aluguel do imóvel” (8ª Câmara, Apelação com Revisão nº 356.282-00/3, Rel. Juiz Milton Gordo, v. u., j. 11.11.1993, grifos nossos).

<sup>564</sup> Prova maior desse foco é a redação aprovada na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, para seu Enunciado nº 361: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, *balizando a aplicação do art. 475*” (grifos nossos).

<sup>565</sup> Nesse sentido, vejam-se, a título de exemplo: Anelise Becker, “A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista”, cit., p. 66; e Eduardo Luiz Bussatta, *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 104-106.

semelhantes – notadamente, aquelas em que há cumprimento quantitativo de 60 a 70% do contrato –, o que espanta é a ausência de uma *análise qualitativa*, imprescindível para se saber se o cumprimento não-integral ou imperfeito *alcançou* ou não *a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto*<sup>566</sup>.

De fato, especificamente no tocante à modulação dos efeitos da exceção de contrato não cumprido, a atenção do intérprete não deve estar centrada exclusivamente na *proporção do inadimplemento*, mas também na aferição de *qual resultado útil foi proporcionado ao credor* e na percepção de *até que ponto o remédio sinalagmático em causa* (resolução ou *exceptio*) *será adequado para proteger seus interesses*<sup>567</sup>. A consideração desses fatores afasta uma mera quantificação abstrata do percentual adimplido, raciocínio que pode conduzir a certas injustiças, impedindo que os efeitos jurídicos do inadimplemento “não venham à tona sem uma ponderação judicial entre (i) a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e (ii) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros”<sup>568</sup>.

Tomemos como parâmetro o julgamento da Apelação Cível nº 2002.001.02808, conduzido pela 16ª Câmara Cível do TJRJ, em que Rodrigo Ribeiro e sua esposa pleiteavam a resolução de promessa de compra e venda cujo objeto era a aquisição de loja localizada em determinado *shopping center*. Segundo os adquirentes, o imóvel que lhes foi entregue divergia do projeto original que embasou a contratação, pela construção de pilstras estruturais que culminavam com a redução do espaço físico.

<sup>566</sup> Anderson Schreiber, “A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., pp. 20-21, grifos nossos.

<sup>567</sup> Em sentido semelhante, cf. Anderson Schreiber: “Para além da usual comparação entre o valor da parcela descumprida com o valor do bem ou do contrato, e de outros índices que possam sugerir ‘a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspectivas, não chegando o descumprimento parcial a abalar o sinalagma’, a tendência tem sido, hoje, a de perquirir, em cada caso concreto, a existência de outros remédios capazes de atender ao interesse do credor (e.g., perdas e danos), com efeitos menos gravosos ao devedor – e a eventuais terceiros afetados pela relação obrigacional – que a resolução do vínculo” (“A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., p. 21).

<sup>568</sup> Anderson Schreiber, “A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., p. 22. Em voto vencido proferido à época que compunha a 4ª Turma do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior assim anotou: “deve ser sempre examinada a economia do contrato, as prestações de ambas as partes e seus valores, o modo pelo qual foram cumpridas pelos contratantes, para somente depois dessa ponderação aferir, nas circunstâncias do negócio, a conveniência da solução” (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 226.283, Rel. Min. Barros Monteiro, v. m., j. 19.04.2001; o recurso não foi conhecido, segundo a maioria, por questões processuais).



A prova dos autos apontou para que a alteração promovida teria importado na redução de 1,53% da área útil, o que impactaria o potencial de comercialização da loja em comparação às com frente totalmente livres, mas não a tornaria inadequada ao negócio. A partir desses dados, entendeu-se que o contrato teria sido substancialmente adimplido, “porque muito próximo do resultado final esperado, [ficando] afastado o pretense direito de resolução”.

Imagine-se, no entanto, que essa mesma redução da área útil em 1,53% (*quantum* inegavelmente mínimo), pela construção das colunas estruturais, impedisse a adaptação do imóvel aos padrões exigidos por um franqueador a que o adquirente da unidade estivesse vinculado, motivo determinante da contratação. Apesar de o adimplemento ser quantitativamente próximo ao planejado (e até mesmo qualitativamente também o seja), o ligeiro descumprimento dos termos contratuais poderia ser suficiente para inviabilizar completamente os interesses do contratante fiel. Não lhe deveria ser vedada, em circunstâncias tais, o recurso aos remédios sinalagmáticos. O raciocínio em um caso dessa natureza não pode ser conduzido com base no *quantum* inadimplido; deve-se ter em mente a relevância do inadimplemento à luz dos concretos interesses do credor fiel.

O exemplo acima – como a esmagadora maioria dos precedentes – aproxima-se à aplicação da teoria do adimplemento substancial como limite ao exercício do direito à resolução contratual. Mas será que os mesmos parâmetros devem ser aplicados como baliza para a oposição da *exceptio non adimpleti contractus*? Dito por outras palavras: o adimplemento substancial será sempre suficiente para vedar o acesso à via resolutória e também para impedir a suspensão da obrigação correspondente?

Parte das opiniões doutrinárias manifestadas sobre o assunto não parecem atender para a nítida diferença de efeitos entre esses dois remédios sinalagmáticos<sup>569</sup>. A resolução contratual, como já se disse, destina-se à *extinção* do contrato, promovendo a liquidação das obrigações correspectivas e o fim da relação negocial. Já a *exceptio*, a seu turno, limita-se a *suspender temporariamente* (com o perdão da tautologia) a

---

<sup>569</sup> A distinção passa em branco, por exemplo, no estudo monográfico de Eduardo Luiz Bussatta, *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, cit., pp. 104-106, em tópico especificamente dedicado a analisar a possibilidade de aplicar-se a teoria para limitar a exceção de contrato não cumprido.

*exigibilidade de obrigação correspectiva*, visando a assegurar ao contratante fiel que seu dever não será exigível enquanto não lhe for garantido o atendimento de seus interesses concretos. ADRIANO VAZ SERRA, ao notar a distinção, acentua que “[se trata] de meios independentes, ainda que baseados ambos na interdependência das prestações (...). Ora, não parece haver motivo para exigir, no caso da *exceptio*, um não-cumprimento tão importante como o que é preciso para a resolução. Compreende-se que se não seja tão exigente quando se pretenda simplesmente recusar a prestação enquanto a contraprestação não for feita, visto que então o contrato se mantém e não se faz mais do que adiar o seu cumprimento”<sup>570</sup>.

Entre nós, essa distinção é percebida por ARAKEN DE ASSIS, aduzindo que os institutos da resolução e da *exceptio* consistem em “remédios diferentes para idêntico mal (inadimplemento). (...) O que se reclama no que tange ao desfazimento do contrato (...) não se reproduz necessariamente para o oposto objetivo de induzir ao cumprimento exato”, o que costuma ocorrer quando se recorre à exceção de contrato não cumprido<sup>571</sup>. ANDERSON SCHREIBER também anota que o método ponderativo sugerido pelo inadimplemento substancial “deve ser aplicado, *embora com cores menos intensas*, a efeitos outros que poderiam decorrer do inadimplemento não significativo como a exceção do contrato não cumprido”<sup>572</sup>.

Foi exatamente esse o raciocínio manifestado pelo Tribunal da Relação de Coimbra em litígio envolvendo a má execução de contrato de fornecimento de materiais de construção. Entre os inúmeros materiais adquiridos pelos compradores, proprietários de um imóvel em reforma, havia telhas que não eram hidrofugadas, o que causou danos ao telhado, fato só perceptível após encerradas as obras. Por essa circunstância, os proprietários sustaram o pagamento integral das faturas em aberto, relativas a todos os materiais vendidos, levando o fornecedor a ajuizar-lhes ação de cobrança, na qual os réus alegaram a *exceptio non adimpleti contractus*. Do voto do relator se lê que os adquirentes podiam fazer uso da *exceptio* “no que respeita ao conjunto de materiais não hidrofugados que lhes foram facturados, justamente por tais materiais serem

<sup>570</sup> Adriano Vaz Serra, “Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)”, cit., p. 38.

<sup>571</sup> Araken de Assis, *Do direito das obrigações*, cit., p. 678.

<sup>572</sup> Anderson Schreiber, “A tríplex transformação do inadimplemento: inadimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., p. 23, grifos nossos. Rafael Villar Gagliardi também atenta para o necessário tratamento diferenciado (*A exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 163).

desconformes com a qualidade encomendada, (...) *face ao interesse do comprador de pretender dotar o telhado só de telhas e outros apetrechos hidrofugados de origem*". No entanto, ponderou-se, “[o] que acontece é que tal exceção deveria ser (...) *reduzida à parte não cumprida* dos contratos de fornecimento dos materiais de construção que afora as telhas somam o valor total de € 975, 79”<sup>573</sup>.

Em suma, consideramos relevante registrar que nem sempre um dito adimplemento substancial será suficiente para restringir os efeitos da exceção de inadimplemento – embora o possa ser suficiente para impedir a resolução contratual, remédio mais grave. À luz do que dissemos no subitem anterior, e além de outros índices que possam ser imaginados<sup>574</sup>, o intérprete deve averiguar (i) até que ponto o resultado útil proporcionado pela prestação (mal) cumprida representa o atendimento dos interesses do credor<sup>575</sup>; (ii) qual risco lhe permanece de prestar sem a perspectiva de receber a contrapartida; (iii) quão grave foi a inadimplência do excepto; (iv) se há proporcionalidade entre o que resta a ser cumprido pelo excepto e o que o próprio excipiente ainda tem a cumprir; (v) se a suspensão do cumprimento é medida adequada para o atendimento dos anseios do credor; e (vi) se o exercício da *exceptio* resulta *excessivamente gravoso* para o excepto ou terceiros. Tal exercício representa um exame de compatibilidade entre a função abstrata da *exceptio* (v. item 1.6 do Capítulo I) e a função concreta visada pelo excipiente. Deve-se preferir, quando conveniente, o recurso à *redução dos efeitos da exceção de inadimplemento*, em vez de seu puro e simples

---

<sup>573</sup> Tribunal da Relação de Coimbra, Processo nº 264/04, Rel. Dr. Cardoso de Albuquerque, v. u., j. 24.10.2006. A ementa, no que pertine à *exceptio*, tem a seguinte redação: “A exceção do não cumprimento a que alude o art. 428º do C. Civ., aplicável aos contratos bilaterais em que não haja prazos diferentes para o cumprimento das obrigações, não vale somente para a falta absoluta e integral da mesma, mas também para a falta parcial e para o cumprimento defeituoso, a menos que a falta, dado o interesse do credor, revista escassa importância”.

<sup>574</sup> Como diz Miguel Reale, “o juiz, ao examinar a *fattispecie*, [deve atuar] com imprescindível cautela, levando em conta a significação econômica do que já foi cumprido pelo excepto, e o conjunto das circunstâncias em que a *quaestio iuris* se põe” (“A boa-fé na execução dos contratos”, cit., p. 26). Eduardo Luiz Bussatta dedica item específico para analisar tais índices, especialmente a partir de referências italianas sobre o assunto (*Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, cit., pp. 106-117). Destaca-se a seguinte passagem, citando Giorgio Collura: “o juiz se valerá de alguns índices de juízo, quais ‘o comportamento da parte, a duração do inadimplemento, eventuais elementos que possam ter reduzido a tal duração, examinará a natureza e a qualificação do contrato, olhará se é tida a execução do contrato segundo a boa-fé (...)” (p. 116).

<sup>575</sup> O recurso ao *resultado útil* como critério balizador da aplicabilidade da *exceptio* é também indicado por Francesco Realmondo (“Eccezione di inadempimento”, cit., p. 225).

impedimento – ou, como sugere GIOVANNI PERSICO, em trecho já citado, “somente uma *suspensão parcial ou proporcional* da contraprestação”<sup>576</sup>.

#### 4.3. Os limites ao exercício da exceção de inadimplemento

Os itens anteriores foram dedicados ao exame de duas formas de limitação à *exceptio non adimpleti contractus*: aquelas que se destinam a impedir concretamente a oponibilidade do direito a não cumprir, embora presentes os seus pressupostos; e outras que, após admitir seu manejo, reduzem seus efeitos. Mas há ainda uma terceira espécie de limitação que se manifesta no âmbito da exceção de inadimplemento, a que denominamos *limites ao seu exercício* (e não à sua *oponibilidade* ou aos seus *efeitos*), nomenclatura com o objetivo de destacar que sua atuação se dá na *colocação em prática* do instituto, após definida sua legitimidade e a extensão de sua eficácia. A baliza desses limites, mais uma vez, será a *função precípua* da exceção de inadimplemento.

Tais restrições, por vezes, serão de tal magnitude que ao intérprete será lícito considerar que a *exceptio* se torna inoponível na prática, ou com efeitos concretos “reduzidos a zero”. Por isso, como já dissemos, a tripartição a que procedemos neste Capítulo IV tem propósito meramente didático, para facilitar a compreensão e o raciocínio, pois não existe, a bem dizer, uma efetiva distinção entre *limites à oponibilidade*, *limites à eficácia* e *limites ao exercício*, circunstâncias que muito se aproximam.

##### 4.3.1. A mitigação da exceção de inadimplemento diante do paradigma da essencialidade

A colocação em prática da exceção de inadimplemento pode ser impedida, ou ao menos limitada, se considerar-se a utilidade concreta do bem ou serviço com respeito à pessoa do excepto, à luz do que se convencionou denominar *paradigma da essencialidade*, conforme proposta pioneira de TERESA NEGREIROS, apresentada em sua já consagrada obra<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> Giovanni Persico, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., p. 145. No mesmo sentido, cf. Araken de Assis, *Do direito das obrigações*, cit., p. 678.

<sup>577</sup> Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 387-504.

A tese da autora consiste, em resumo, na identificação de um padrão comum e objetivo para diferenciar a disciplina dos contratos, não com foco em aspectos formais ou na proteção voluntarista, mas em atenção à destinação do bem contratado perante a pessoa que dele se utiliza – aí residindo a originalidade da sua perspectiva, consistente na sugestão de um parâmetro decisório por ela denominado “*paradigma da essencialidade*”<sup>578</sup>. À luz desse paradigma, diz TERESA NEGREIROS, propõe-se “que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais”<sup>579</sup>, que se proceda a uma “uma diferenciação que tenha como base a destinação do bem cuja aquisição ou utilização seja objeto do contrato”<sup>580</sup>, distinguindo “aquelas situações patrimoniais – especificamente as relações contratuais – qualificadas em função de sua utilidade existencial, como tal entendido o grau de imprescindibilidade da aquisição ou utilização pessoal do bem em questão para a conservação de um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita”<sup>581</sup>.

Significa dizer, por outras palavras, que a *destinação do bem ou serviço* à pessoa do contratante deve servir como parâmetro decisório, diante do caso concreto, para aferir a legitimidade ou a extensão de determinados mecanismos jurídicos<sup>582</sup>. No que toca especificamente a este trabalho, a própria TERESA NEGREIROS anota a

---

<sup>578</sup> Reduzindo-se tais considerações a uma conclusão sintética, recorre-se às palavras da autora: “[o]s contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma” (Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 463).

<sup>579</sup> Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 388.

<sup>580</sup> Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 461. Nessa mesma página se lê que, segundo a autora, o fundamento jurídico do paradigma da essencialidade estaria na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.

<sup>581</sup> Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 463.

<sup>582</sup> A dificuldade de definir-se o que se considera ou não *essencial* é analisada pela autora, ao demonstrar como o Direito brasileiro já fornece parâmetros nesse sentido, como a relação prevista no art. 7º, IV, da Constituição, sobre as necessidades básicas a que o salário mínimo deve ser capaz de satisfazer; o destino de recursos previstos pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000, ao criar o “Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”; ou a específica indicação dos serviços considerados essenciais pela Lei nº 7.783, de 1989, referente ao exercício do direito de greve. Teresa Negreiros ainda arremata ser importante notar “que o grau de utilidade, à luz da paradigma da essencialidade, será dado não apenas pela natureza do bem, mas, igualmente, em razão da sua destinação, o que significa que a aceitação do mencionado paradigma pressupõe como legítimas as considerações feitas *in casu*, à luz das circunstâncias funcionais, específicas da relação contratual em exame. Assim é que a articulação e o desenvolvimento do paradigma da essencialidade implicarão sempre um considerável nível de discricionariedade por parte do juiz. Mas tal fato não o desautoriza. Antes, pelo contrário, reforça a congruência que o dito paradigma guarda em relação a tendências significativas do direito civil contemporâneo” (*Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit.; as considerações da autora sobre os parâmetros de aferição da essencialidade estão entre as pp. 468 e 469, enquanto a citação reproduzida se encontra na p. 470).

potencialidade de, com o recurso ao paradigma da essencialidade, fundamentar-se “a mitigação das sanções normalmente resultantes da mora ou do inadimplemento contratuais por parte do necessitado”<sup>583</sup>, permitindo-se a imposição de limites aos efeitos do disposto no art. 476 do Código Civil quando diante de bens ou serviços *essenciais*<sup>584</sup>.

Essa necessidade se manifesta em delicado caso julgado pelo TJRJ. Nair Cecília da Silva de Azevedo, uma senhora de noventa e seis anos, portadora de demência em fase avançada, encontrava-se sob os cuidados da Casa de Repouso Dr. Nelson Risse Ltda. desde agosto de 2007, vinda de internação hospitalar. Seu responsável legal pagara as mensalidades pelo repouso até outubro daquele ano, quando tentou obter em juízo provimento que obrigasse determinado plano de saúde a assumir tais despesas; a liminar fora deferida em dezembro de 2007 e cassada em fevereiro de 2008; desde então, segundo a casa de repouso, não lhe eram mais efetuados os pagamentos devidos. Em abril de 2008, a Sra. Nair sofreu uma queda nas dependências da casa de repouso, fraturando o fêmur, e por isso foi internada em hospital; após a senhora receber alta, a casa de repouso negou seu reingresso sem que lhe fosse saldada a dívida existente, que já montava a mais de seis mil reais. A partir de então foi proposta medida cautelar pelo representante legal da Sra. Nair para que fossem providenciados o retorno e a continuidade dos serviços, sob pena de multa diária. Concedida a liminar, veio interposição de agravo pela ré, negado pelo desembargador relator, na forma do art. 557 do CPC, sob a seguinte fundamentação:

O que a [casa de repouso] alega, em suma, é o direito a opor à Agravada a exceção de contrato não cumprido, ou seja, pretende a revogação da liminar para que prevaleça o seu comportamento de condicionar o reingresso da [Sra. Nair] ao seu estabelecimento à efetivação do pagamento dos valores em débito.

Ora, a decisão agravada atentou para a evidente periclitación de direitos fundamentais da Recorrida, deferindo o seu retorno *incontinenti*, sem exame da questão da inadimplência. Considerando o estado de saúde da Agravada, a recusa ao seu recebimento pode acarretar-lhe danos insanáveis, senão a morte. Assim, vê-se que a medida deferida estabelece a prevalência

---

<sup>583</sup> Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 485.

<sup>584</sup> Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 484.

prática do direito fundamental à vida e à saúde sobre o direito patrimonial da Agravante, o que, ressalve-se, não esvazia a respectiva tutela, que pode ser obtida pelos meios próprios<sup>585</sup>.

Interposto agravo interno, a 3ª Câmara Cível do TJRJ manteve a tutela de urgência, em decisão pela qual se registrou o seguinte: “[a]colhe-se que a Agravante não é um hospital, mas uma casa de repouso, e se compreende que a Agravada precisa de especiais cuidados médicos e de enfermagem, mas *o que se sopesou* na decisão agravada, diga-se por outro modo, foi *a validade da oposição de exceção de contrato não cumprido em contexto de iminente e evidente periclitção dos direitos fundamentais à saúde e à vida*”<sup>586</sup>. Em suma, entenderam os magistrados que a *exceptio non adimpleti contractus* deveria ser limitada no caso concreto, diante da essencialidade do serviço prestado e do risco iminente de que a resistência da casa de repouso causasse prejuízos irreparáveis, sem que com isso se lhe fosse negado o direito a cobrar o crédito pelas vias ordinárias.

Dada a natureza desta dissertação, não é este o local adequado para avaliar-se a conveniência ou correção das decisões proferidas. Importa-nos, a bem dizer, destacar o raciocínio empreendido pela 3ª Câmara Cível do TJRJ: a possibilidade de restringir-se a aplicação da exceção de inadimplemento, notadamente perante bens ou serviços de natureza essencial a um dos contratantes.

É também o tom da essencialidade que parece guiar o regime jurídico a respeito da suspensão dos serviços por parte das instituições de ensino. O art. 6º da Lei nº 9.870, de 1999, citado no item 4.1.1 *supra*, permite que tais entidades apliquem “sanções compatíveis” com o antigo art. 1.092 em razão da inadimplência de seus alunos (ou respectivos responsáveis), embora sejam vedadas medidas como a suspensão de provas ou a retenção de documentos. Logo em seguida, seu § 1º esclarece que “[o] *desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo* ou, no ensino superior, *ao final do semestre letivo* quando a instituição adotar o regime didático semestral” (grifos nossos). Ou seja, o próprio legislador parece ter

---

<sup>585</sup> TJRJ, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2008.002.19037, Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, d. m., j. 27.06.2008.

<sup>586</sup> TJRJ, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2008.002.19037, Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, v. u., j. 16.02.2009, grifos nossos.

efetuado uma ponderação, privilegiando os interesses (existenciais) dos alunos, sem, contudo, permitir que a inadimplência se perpetue por mais de um período letivo.

#### 4.3.2. *Os interesses relevantes de terceiros ao redor da execução do contrato*

Tal como a oposição da *exceptio* se encontra balizada pelo art. 187, além de poder sofrer mitigações a partir do paradigma da essencialidade, também o art. 421 do Código Civil, ao determinar que “[a] liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, permite imporem-se restrições ao seu exercício. A partir dessa norma, cujo alcance permanece impreciso no Direito brasileiro<sup>587</sup>, tem-se reconhecido a importância de observarem-se “os interesses extracontratuais socialmente relevantes” que circundem a relação em causa, conforme registra GUSTAVO TEPEDINO<sup>588</sup>. Daí se pode dizer que o exercício da *exceptio non adimpleti contractus*, por ser um direito potestativo de importantes efeitos nas relações contratuais, também pode ser limitado com base em tal parâmetro.

Exemplo eloqüente desse problema foi um complexo litígio concreto sobre o inadimplemento de contrato celebrado entre uma associação beneficente e uma

---

<sup>587</sup> Tanto a inexistência de dispositivo semelhante na experiência estrangeira como a inegável carga ideológica potencializada pela redação do art. 421 têm contribuído para que a doutrina brasileira ainda esteja longe de consolidar o conteúdo normativo da “função social do contrato”. As três principais leituras até então empreendidas sobre o tema são objeto de análise por Gustavo Tepedino em seu “Notas sobre a função social dos contratos”, in Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.), *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, com destaque para as pp. 396-399, podendo ser resumidas da seguinte maneira: (i) a função social do contrato seria uma espécie de norma programática, orientada ao legislador, cuja importância seria revelada não em si mesma, mas a partir de diversos institutos nela fundamentados, como a resolução por excessiva onerosidade (art. 478) ou a rescindibilidade por lesão (art. 157); (ii) a função social do contrato expressaria o valor social das relações contratuais, de modo a impor uma releitura do princípio da relatividade das convenções, fortalecendo a proteção do contratante perante terceiros; e (iii) por fim, na leitura encampada pelo autor, a função social do contrato resultaria num princípio capaz de impor às partes “o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos” (p. 399). Alguns estudiosos, como Rodrigo Garcia da Fonseca, adotam posturas “sincréticas”, por assim dizer, atribuindo à função social do contrato todas essas potencialidades (*A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, especialmente pp. 255-256). Fenômenos outros também têm sido remetidos ao art. 421 do Código Civil, do que é exemplo o reconhecimento da chamada *frustração do fim do contrato*, conforme o Enunciado nº 166, aprovado na III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Enunciado 166. A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil” (sobre o tema, cf. Rodrigo Barreto Cogo, *A frustração do fim do contrato*, Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela USP, sob orientação da Professora Doutora Teresa Ancona Lopez, São Paulo, 2005, *passim*, especialmente pp. 232 e ss.).

<sup>588</sup> Gustavo Tepedino, “Notas sobre a função social dos contratos”, cit., p. 405.



sociedade especializada na área médico-hospitalar. Em apertado resumo, a Associação Pro Matre (“Pro Matre”), entidade precipuamente dedicada ao atendimento de gestantes carentes e de seus filhos, havia celebrado com o Instituto de Perinatologia do Estado do Rio de Janeiro Ltda. (“IPERJ”), sociedade formada por profissionais renomados na área de perinatologia, negócio denominado “Contrato de Desenvolvimento de Serviços Médico-Hospitalares”, cujo objeto era a transformação de um pavilhão semi-desativado de um hospital de propriedade da associação em uma maternidade especializada e um centro de educação médica, de modo a que o empreendimento, destinado a atender pacientes do SUS e clientes particulares, pudesse gerar lucro aos contratantes. Ambas as partes contraíram obrigações no negócio, pecuniárias ou não; em destaque, a Pro Matre deveria disponibilizar itens de infra-estrutura ao IPERJ, que, por sua vez, deveria pagar uma remuneração mensal à contraparte e ressarcir-lhe de seus custos de manutenção. No entanto, o desenrolar da parceria encontrou obstáculos, e as partes passaram a imputar reciprocamente diversos inadimplementos, como a omissão na transferência de bens pela Pro Matre e, principalmente, a inadimplência financeira do IPERJ.

Após troca de notificações e contra-notificações, o IPERJ moveu ação pleiteando a revisão dos valores estabelecidos no contrato. A Pro Matre, por sua vez, antes de oferecer contestação, notificou a contraparte considerando resolvido o contrato, em razão de cláusula resolutiva expressa e da falta de pagamentos acordados; solicitou, então, que os profissionais do IPERJ deixassem imediatamente o imóvel e que a contraparte arcasse com a contratação de outra instituição capaz de manter as atividades da clínica, para que não houvesse prejuízo aos assistidos. Baseada na inadimplência financeira do IPERJ, a resposta da Pro Matre veio acompanhada de reconvenção, na qual solicitava o despejo da contraparte e requeria autorização, em caráter liminar, para interromper a disponibilização dos serviços de infra-estrutura que fornecia ao IPERJ.

O pedido reconvenicional de tutela antecipada foi negado, considerando a julgadora de primeira instância que os serviços prestados na clínica eram essenciais, “deles dependendo a vida e saúde dos pacientes atendidos”<sup>589</sup>. Inconformada, a Pro

---

<sup>589</sup> Vale notar que a própria Associação Pro Matre reconhecia ser delicado o encerramento do contrato, declarando ter “plena ciência da importância dos serviços que presta para a manutenção da saúde dos pacientes atendidos (...) [estando] ciente de seu dever de preservar vidas humanas, [pelo que não interromperia] qualquer serviço prestado ao autor, até que [o] MM. Juízo [decidisse] determinar a desocupação”.

Matre interpôs agravo com pedido de efeito suspensivo ativo, negado pelo desembargador relator. Dessa decisão foi interposto agravo regimental, acolhido pela 15ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, por unanimidade, com base no art. 476 do Código Civil. Eis a ementa:

Agravo Regimental. Pedido de autorização, à guisa de antecipação de tutela, para suspender prestação de serviços, por não estar o seu tomador por eles pagando. Decisão de primeiro grau indeferindo-o. Essa suspensão está expressamente autorizada no art. 476 do Código Civil, dispensando consulta ao Judiciário, para saber a parte se pode, ou não, assim proceder. Provimento de primeiro grau que, ao indeferir o pedido, impede o exercício desse direito pela agravante. Provimento parcial do recurso para cassar a decisão<sup>590</sup>.

O acórdão ainda dizia que a decisão singular não poderia, ao examinar o pedido da Pro Matre, proibi-la de suspender suas obrigações, mas “poderia, sim, proceder ao contrário, ou seja, deferir pleito do [IPERJ], no sentido de impedir tal suspensão”. Com base nessa passagem, o IPERJ requereu antecipação de tutela ao juízo de primeira instância para que proibisse a suspensão promovida pela Pro Matre, no que foi atendido, novamente com base na essencialidade da prestação contratada. Dessa decisão houve agravo de instrumento interposto pela Pro Matre, cujo efeito suspensivo foi deferido, por questões processuais. Mas vale destacar o seguinte trecho das informações prestadas pela prolatora da decisão à instância superior: “(...) ousou esta magistrada reapreciar e deferir o pedido de antecipação de tutela, considerando (...) a extrema gravidade do caso, que envolve a vida de mães e recém-nascidos internados no hospital agravado”.

O caso é delicado e nos serve para algumas reflexões. Em última análise (e abstraindo-se o eventual acerto das razões de cada parte), havia uma associação beneficente prestando serviços para uma sociedade com finalidade de lucro, sem receber a contraprestação que considerava devida. De outra parte, não se pode negar a relevância dos interesses das gestantes e seus filhos perante um litígio de natureza comercial. Será que o manejo da *exceptio non adimpleti contractus* poderia operar-se em casos tais da mesma maneira que numa disputa comercial envolvendo prestação de serviços?

---

<sup>590</sup> TJRJ, 15ª Câmara Cível, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2004.002.16258, Rel. Des. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz, v. u., j. 29.09.2004.

Essa perplexidade, que também se manifesta no caso citado no item anterior, demonstra ser difícil ao intérprete estabelecer critérios fixos para admissão ou limitação abstratas ao exercício do direito a não cumprir. Cumpre ao julgador, diante do caso concreto, avaliar todas as circunstâncias fáticas e negociais, bem como suas conseqüências, a fim de definir *se*, ou *em que medida*, a suspensão de uma obrigação deve ser permitida ou restringida. É bom lembrar que, cuidando-se da incidência de princípios jurídicos, não fica o magistrado compelido a optar por um entre dois caminhos: *admitir integralmente* ou *restringir integralmente* o manejo da exceção de inadimplemento. Pode, inclusive à luz do poder geral de cautela<sup>591</sup>, adotar providências outras, como a restrição parcial de efeitos da *exceptio* ou quiçá a concessão de prazo para que sejam tomadas providências capazes de evitar (ou ao menos diminuir) os riscos e prejuízos decorrentes da suspensão de determinada obrigação.

#### 4.4. A exceção de inadimplemento em relações de consumo

As considerações realizadas até o momento tiveram como *premissa e destino*, em princípio, a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* perante relações jurídicas singulares regidas pelo Código Civil, mediante interpretação do art. 476, regra geral aplicável aos contratos. Dada a inexistência de norma específica a respeito no regime do CDC, o dispositivo também terá aplicação nas relações de consumo.

Naturalmente, a interrupção no cumprimento de obrigações será submetida a limitações mais rígidas quando praticada por fornecedores em prejuízo de consumidores. É o caso, como já aludimos, da impossibilidade de prever-se a cláusula *solve et repete* em relações de consumo, potencialmente abusiva por “[restringir] direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual” (art. 51, § 1º, II, do CDC) – abusividade que, *em tese*, não se manifesta, por exemplo, numa aquisição de controle de sociedade

---

<sup>591</sup> V. art. 798 do CPC: “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. É assim que, segundo entendimento do STJ, “[a]lém dos casos específicos previstos na Lei Adjetiva Civil, poderá o juiz, verificando que uma parte, antes do julgamento da lide, poderá causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, determinar as medidas provisórias que julgar adequadas” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 148.087/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, v. u., j 31.08.2000).

empresária negociada intensamente por investidores experientes, que decidem assumir o risco embutido naquela cláusula.

Mas não nos parece necessário separar o tratamento do instituto conforme sua incidência ocorra perante relações civis, empresariais ou de consumo. O instrumental teórico da *exceptio non adimpleti contractus* será o mesmo, independentemente da relação jurídica em que ela possa ser oferecida; diferentes serão apenas seus efeitos ou seus limites *concretos*, em função de particularidades próprias de cada litígio instalado.

#### 4.5. A exceção de inadimplemento no debate sobre o corte de serviços essenciais

Antes de concluirmos nosso trabalho, e ainda sob os influxos do que foi analisado nos itens anteriores, é importante tecermos alguns breves comentários sobre um debate candente na jurisprudência brasileira desta última década, relacionado à inadimplência, e, justamente por isso, normalmente remetido à exceção de contrato não cumprido: o corte do fornecimento de serviços essenciais.

Nossos tribunais têm repetidas vezes decidido conflitos relacionados à *interrupção de serviços essenciais*, e em muitos precedentes, inclusive no âmbito do STJ, a *exceptio non adimpleti contractus* tem figurado como um dos argumentos em disputa<sup>592</sup>. Resumidamente, as concessionárias defendem que a interrupção do serviço em razão da inadimplência do usuário é legalmente admitida, de acordo com o art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987, de 1995<sup>593</sup>, que nada mais seria do que uma manifestação

<sup>592</sup> A discussão é conhecida, o que nos dispensa de a relatarmos em profundidade. O tema tem sido objeto de incontáveis trabalhos específicos, dos quais destacamos, pelo enfoque monográfico, a dissertação de Emmanuel Becker Torres, *A suspensão do fornecimento de energia elétrica em face ao inadimplemento do consumidor: a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana como limite à exceptio non adimpleti contractus*, apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado pela UFPE, sob orientação da Professora Doutora Fabíola Santos Albuquerque, Recife, 2007. Para outras referências bibliográficas, recomenda-se a consulta a dois arquivos eletrônicos disponibilizados pela Biblioteca Digital Jurídica do STJ (BDJur – <http://bdjur.stj.gov.br>), disponíveis na seção “Doutrina – Temas de Direito”, ambos categorizados sob o assunto “Inadimplemento”, que juntos compilam vinte e oito artigos doutrinários sobre a interrupção de serviços públicos.

<sup>593</sup> Eis a redação do dispositivo: “Art. 6º 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. (...) § 3º 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”. No que tange ao problema específico da energia elétrica, a Lei nº 9.427, que em 1996 criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), regulando especificamente a concessão dos serviços nesse âmbito, previu expressamente a possibilidade de interrupção em seu art. 17, ao afirmar que “[a] suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra

específica da exceção de contrato não cumprido em matéria de concessões de serviços públicos. Já em defesa dos consumidores se argumenta que o fornecimento de certos serviços, como água e energia elétrica, não poderia ser suspenso pelas concessionárias, ainda que por inadimplência do usuário, dada sua essencialidade; alega-se, em suma, que “a interrupção do fornecimento constitui-se em flagrante violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”<sup>594</sup>, de modo a conduzir à inconstitucionalidade da regra citada. Também se aduz que a interrupção do serviço constituiria um meio constrangedor de cobrança, vedado pelo art. 42 do CDC, e que os serviços públicos são regidos pelo princípio da continuidade dos serviços essenciais, estabelecido pelo art. 22 do CDC<sup>595</sup>.

O STJ tem se manifestado constantemente sobre o tema. Apesar de não haver unanimidade de entendimentos, pode-se observar recentemente certa tendência majoritária em favor da tese pela *licitude* da medida, já tendo a Corte Especial do STJ decidido que a suspensão no fornecimento de serviços essenciais é cabível, mesmo em se tratando de inadimplência por órgãos públicos, desde que não afete a prestação de serviços públicos essenciais, tais como hospitais, postos de saúde, creches e escolas<sup>596</sup>. No caso de interrupção de serviços em prejuízo de pessoas naturais, também tem sido

---

prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual”. Em 2002 foi acrescentado o seguinte § 1º: “[o] Poder Público que receber a comunicação adotar as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida”.

<sup>594</sup> Nilton Carlos de Almeida Coutinho, “Aplicabilidade do princípio da continuidade às concessões de energia elétrica”, *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo: IOB, vol. 1, nº 21, nov. 2004, p. 778.

<sup>595</sup> Os argumentos contrários e favoráveis à suspensão dos serviços essenciais são sintetizados no artigo de Fernando Costa de Azevedo, “A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 62, abr./jun. 2007, pp. 86-123.

<sup>596</sup> STJ, Corte Especial, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 606/CE, Rel. Min. Barros Monteiro, v. u., j. 07.11.2007; no mesmo sentido, cf. STJ, Corte Especial, Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.764/PB, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. para o acórdão Min. Ari Pargendler, v. m., j. 27.11.2008. Registre-se, no entanto, que a mesma Corte Especial já permitiu o corte de serviços a toda uma municipalidade, quando reconhecida sua inadimplência contumaz, interpretada como escolha estratégica de não pagar pela energia elétrica para priorizar gastos em outras áreas; foi assim que o órgão decidiu que “a preocupação no sentido de que o fornecimento de energia aos serviços essenciais de educação, saúde, segurança e iluminação públicas não cesse há de ser, sobretudo, do Município, que deve empreender todos os esforços para que o suprimento de energia transcorra normal e regularmente, pois se constitui componente indispensável para o funcionamento sadio de toda a Administração pública, direta e indireta” (STJ, Corte Especial, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 12/CE, Rel. Min. Edson Vidigal, v. u., j. 29.06.2005).

admitido o corte, desde que antecedido por aviso prévio<sup>597</sup>. Além da necessidade de prévio aviso, há de se destacar ainda o entendimento no sentido de que a interrupção do fornecimento não pode ocorrer quando a inadimplência diz respeito a débitos pretéritos<sup>598</sup>.

Podem ser ainda encontrados entendimentos “intermediários” no âmbito do STJ, com destaque para a opinião do Min. LUIZ FUX, segundo quem “o corte do fornecimento de serviços essenciais – água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana”. No caso concreto, disse o magistrado, “não se [tratava] de uma empresa que [reclamava] uma forma de energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável, de sorte que a ótica [teria] que ser outra. O direito é aplicável ao caso concreto, não o direito em tese”. Sua conclusão foi a seguinte: “[i]mperioso, assim tenhamos, em primeiro lugar, distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica”<sup>599</sup>.

A questão não é menos controversa no âmbito doutrinário, havendo desde opiniões no sentido da total admissibilidade ou inadmissibilidade da interrupção dos serviços<sup>600</sup>, até, mais recentemente, o surgimento de teses intermediárias. EMMANUEL BECKER TORRES, em recente dissertação, por exemplo, conclui que “a regra autorizadora do corte por inadimplência (...) poderá ser aplicada na solução do litígio, desde que ausente o interesse da coletividade e razões substanciais que exijam a continuidade com fundamento no princípio constitucional da pessoa humana”<sup>601</sup>,

---

<sup>597</sup> “Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida de aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão” (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 887.389/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, v. u., j. 22.04.2008).

<sup>598</sup> “A Primeira Seção e a Corte Especial do STJ entendem legal a suspensão do serviço de fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento do consumidor, após aviso prévio, exceto quanto aos débitos antigos, passíveis de cobrança pelas vias ordinárias de cobrança” (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 960.156/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, v. u., j. 20.08.2009).

<sup>599</sup> STJ, 1ª Seção, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 337.965/MG, Rel. Min. Luiz Fux, v. u., j. 22.09.2004; anote-se que a opinião do relator, destacada no corpo do texto, consiste em suas ressalvas de entendimento pessoal, tendo ele se curvado ao entendimento majoritário da 1ª Seção.

<sup>600</sup> Remeta-se mais uma vez à compilação de opiniões conduzida por Fernando Costa de Azevedo, “A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial”, cit., pp. 86-123.

<sup>601</sup> Emmanuel Becker Torres, *A suspensão do fornecimento de energia elétrica em face ao inadimplemento do consumidor: a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana como limite à*

aproximando-se do entendimento manifestado pelo Min. LUIZ FUX. Já TERESA NEGREIROS opina que “a melhor solução pode estar em permitir, não o corte total, mas a instalação de equipamentos que limitem o fornecimento a quantidades mínimas, capazes de suprir apenas as necessidades fundamentais”<sup>602</sup>.

O problema do corte de serviços essenciais é um dos melhores exemplos para observar-se a chamada “hipercomplexidade”<sup>603</sup>, não só da teoria contratual contemporânea, nem tão-só do Direito Civil contemporâneo, mas do Direito contemporâneo como um todo. Por ele se observa a diluição da fronteira entre Direito Público e Direito Privado<sup>604</sup>, ao misturarem-se argumentos tidos como “de Direito Administrativo” (princípio da continuidade do serviço público, “interesse da coletividade”, exigibilidade de tarifas) com outros de suposta “natureza privada” (*exceptio non adimpleti contractus*, meios vexatórios de cobrança)<sup>605</sup>. Nessa discussão também se observa a relevância de o julgador levar em consideração os efeitos econômicos de suas decisões, sobretudo no âmbito das cortes superiores. O tema ainda é

---

*exceptio non adimpleti contractus*, cit., p. 142. A partir dessa conclusão, o autor propõe o seguinte raciocínio: “a) Não havendo razões substanciais que afastem a regra autorizadora do corte, a decisão que determinar o fornecimento de energia elétrica sem pagamento das tarifas não será razoável. b) Não havendo razões substanciais que afastem a regra autorizadora do corte, a decisão que legitimar o corte no fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento será razoável. c) Havendo razões substanciais que afastem a regra autorizadora do corte, a decisão que legitimar o corte no fornecimento de energia elétrica em razão de inadimplemento não será razoável. d) Havendo razões substanciais que afastem a regra autorizadora do corte, a decisão que determinar o fornecimento de energia elétrica sem pagamento de tarifas será razoável” (pp. 142-143). Em sentido semelhante, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer entende que “deva haver exegese distinta em relação a situações de hipervulnerabilidade, que atinge aqueles portadores de necessidades especiais (como, por exemplo, aqueles que utilizam aparelhos de hemodiálise, inaladores etc.) ou mesmo situações momentâneas de desemprego. Nesse caso, a inadimplência não se dá por má-fé ou desídia, mas por absoluta ausência de condições de pagamento” (“Serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 211).

<sup>602</sup> Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. 481.

<sup>603</sup> A expressão é utilizada, entre outros, por Maria Celina Bodin de Moraes, “Prefácio”, in Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, cit., p. XIX.

<sup>604</sup> Sobre o tema, tão caro à metodologia do Direito Civil contemporâneo, mencione-se o conhecido texto de Michele Giorgianni, “O direito privado e as suas atuais fronteiras”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 747, jan. 1998, pp. 35-55.

<sup>605</sup> Não por acaso, a matéria já chegou a ser objeto de conflito de competência no STJ entre a 1ª Turma (integrante da 1ª Seção, competente para julgar “licitações e contratos administrativos”, bem como “direito público em geral”, conforme o art. 9º, § 1º, I e XI do Regimento Interno do STJ) e a 3ª Turma (integrante da 2ª Seção, competente para julgar “obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato”, conforme o Regimento Interno do STJ, art. 9º, § 2º, II). Tratava-se de demanda com o objetivo de obstar a suspensão de fornecimento de energia elétrica ultimada por concessionária de serviço público em razão de o consumidor estar inadimplente. Segundo o entendimento do Min. Hamilton Carvalhido, a natureza jurídica da relação controversa não seria de Direito Privado, mas de Direito Público, “de forma indireta”, por se tratar de regime de concessão em que a concessionária age por delegação do Poder Público (STJ, Corte Especial, Conflito de Competência n° 104.374/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v. u., j. 20.05.2009).

capaz de ensejar debates metodológicos – e ideológicos<sup>606</sup> – importantes sobre a incidência dos princípios constitucionais nas relações entre particulares e Administração Pública, bem como sobre o conteúdo jurídico (e o potencial) da cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana.

Nesta dissertação, todavia, cabe-nos apenas apreciar o lado, por assim dizer, “dogmático” da matéria – isto é, como ela se manifesta no âmbito da *exceptio non adimpleti contractus*. E essa análise permite-nos concluir que o instrumental teórico examinado ao longo deste trabalho é capaz de auxiliar no manejo do debate.

Assim, quando se diz que o corte do fornecimento deve ser precedido de aviso prévio, está-se simplesmente *limitando o exercício da exceção de inadimplemento à luz da função que o instituto tem a cumprir*, conforme analisamos no item 4.3 *supra* – limitação estabelecida pela própria lei, diga-se de passagem. Afinal, o corte abrupto não costuma ter por objetivo tutelar a posição jurídica do devedor, receoso de prestar sem receber a contraprestação; ao invés, representa, no mais das vezes, uma forma (ilegítima) de cobrança, de exclusiva pressão, o que tem justificado o reconhecimento jurisprudencial da responsabilidade civil das concessionárias pelos danos causados em razão da interrupção abusiva<sup>607</sup>. Por outras palavras: não é que *a interrupção em si* seja ilícita; ilícita é a *maneira* como as concessionárias por vezes procedem.

Em sentido semelhante, a tendência de impedir a interrupção do fornecimento por débitos pretéritos também se justifica diante *da função* que a *exceptio* desempenha. Se o papel da exceção de inadimplemento é proteger o contratante fiel do risco de cumprir sem receber no futuro sua contraprestação, sem ter o atendimento de seus

---

<sup>606</sup> Interessante, nesse aspecto, a leitura dos votos manifestados no julgamento do Recurso Especial nº 337.965/MG, levado a efeito pela 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, v. m., j. 02.09.2003, em que se contrastam argumentos jurídicos e extrajurídicos eloqüentes, com destaque para a seguinte passagem do voto-vista do Min. Francisco Peçanha Martins: “todos os serviços essenciais ou necessários são custeados diretamente pelos cidadãos, seja mediante o recolhimento do tributo, seja pelo pagamento de tarifas e preços públicos. Assim é no regime democrático, capitalista ou socialista. Nada acontece de graça, e hoje, com a pilha, nem o relógio trabalha de graça”.

<sup>607</sup> “Se a concessionária não comunicou previamente à usuária que suspenderia o fornecimento de energia elétrica ante a situação de inadimplência, como determina a lei, mostra-se ilegítimo o corte, por infringência ao disposto no artigo 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95” (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 960.259/RJ, Rel. Min. Castro Meira, v. u., j. 06.09.2007). No caso concreto, o TJRJ havia fixado o pagamento de R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais) a título de indenização por danos morais em favor de estabelecimento comercial que, mesmo inadimplente, sofrera o corte sem aviso; na linha de jurisprudência firmada nos últimos anos, o STJ deixou de reapreciar o *quantum* por entender que não era exorbitante ou irrisório.



interesses concretos, não faz sentido permitir-lhe suspender o cumprimento de uma obrigação com base numa dívida passada. Nesses casos, mais uma vez, o oferecimento da *exceptio non adimpleti contractus* será *desviado de sua função*, servindo como meio de cobrança, e não como instrumento de tutela dos interesses contratuais do excipiente.

Também quando se pretende afastar a interrupção dos serviços com base nas condições concretas do devedor, seja por sua miserabilidade ou por outras “razões substanciais”, está-se atribuindo *limites à exceção de inadimplemento*, dessa feita por se reconhecer a particularidade do bem jurídico em risco. Da mesma maneira, quando se propõe que a interrupção do serviço seja parcial, assegurando ao usuário o mínimo necessário à subsistência, tem-se uma *limitação dos efeitos da exceção de inadimplemento*, com base no paradigma da essencialidade (v. item 4.3.1 *supra*). Por fim, quando se impede o corte no fornecimento tendo em vista os “interesses da coletividade”, é porque se reconhece que a relação contratual entre usuário e concessionário não se reduz a um contrato isolado, repercutindo sobre inúmeras *outras pessoas titulares de interesses jurídicos* (existenciais, inclusive) *dignos de tutela*, tal como se analisou no item 4.3.2 *supra*: pacientes de hospitais públicos, alunos de universidades públicas etc.

## 5. CONCLUSÃO

*“Ninguém achará aqui novidades. Direito civil não se inventa”.*

MANOEL IGNACIO CARVALHO DE MENDONÇA\*

A dissertação que ora se encerra tem por base um texto jurídico cuja redação nos é conhecida há quase um século: “[n]enhum dos contratantes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Muito pouco havia a ser dito sobre a *exceptio non adimpleti contractus* que já não houvesse sido objeto da atenção de RENÉ CASSIN ou MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES – e o que restava já havia sido levado ao conhecimento dos tribunais brasileiros, instigados por estratégias elaboradas por advogados criativos.

Em suma: nada de novo há nas linhas que nos antecedem. Nossa pretensão foi tão-somente a de *explorar as potencialidades da exceção de inadimplemento no Direito Civil brasileiro contemporâneo*, conforme moldada pelo art. 476 do Código Civil, demonstrando, sobretudo mediante o exame de nossa jurisprudência, que o instituto permite mais do que uma mera defesa do demandado em juízo. Que, no Direito brasileiro, o contratante prejudicado pela inadimplência alheia não está limitado a optar entre o cumprimento, a resolução ou a reparação dos danos sofridos, pois também lhe é reconhecido um *direito a não cumprir* enquanto a contraparte não adimplir o que lhe cabe. E que a adoção dessa postura pode ser mais eficaz ao excipiente e menos prejudicial ao excepto, se comparada à resolução do contrato, à pretensão ao cumprimento ou à indenização, privilegiando a vontade manifestada, permitindo a manutenção do negócio e sendo apta a conduzir ao pleno atendimento dos interesses contratuais.

É também importante ressaltar que o propósito deste trabalho não foi o de dar resposta aos problemas concernentes à *exceptio non adimpleti contractus*. Nosso objetivo ao analisar o instituto, que esperamos ter alcançado, foi o de dar destaque aos *instrumentos* à disposição do intérprete, aos *caminhos* que a experiência jurídica brasileira já percorre a partir da regra codificada, seja para aplicá-la, para afastá-la ou

---

\* Trecho extraído da Introdução escrita em outubro de 1910 ao clássico *Contratos no direito civil brasileiro*, t. 1, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 23.

para limitá-la<sup>608</sup>. Tais *caminhos* podem ser resumidos nas conclusões a seguir reproduzidas, extraídas ao longo de nossa pesquisa, e que representam a essência desta dissertação.

**1. A possibilidade de ir-se além do entendimento convencional sobre a exceção de inadimplemento.** O art. 476 do Código Civil, que serve de base à *exceptio non adimpleti contractus*, atribui ao contratante fiel, nos contratos sinalagmáticos, a faculdade de recusar o cumprimento de uma obrigação quando a contraparte, por sua vez, não tiver cumprido a que lhe incumbe anterior ou simultaneamente. Esse instrumento de defesa pode ser utilizado de diversas maneiras, sendo a mais recorrente, e justamente por isso a mais estudada, aquela em que o demandado oferece uma *exceção* em juízo. No entanto, a redação codificada pode oferecer mais do que apenas uma matéria de defesa perante um pedido de cumprimento. Cabe ao intérprete, portanto, explorar ao máximo suas potencialidades.

**2. A discussão sobre o fundamento da exceção de inadimplemento.** A ausência de previsão expressa da *exceptio non adimpleti contractus* em algumas codificações, especialmente no *Code* de 1804, estimulou a doutrina civilista do século XIX e das primeiras décadas do século XX a buscar um fundamento para o instituto, algo que justificasse sua existência e aplicação – e que servisse como norte para a solução dos problemas interpretativos relacionados à matéria. A bibliografia especializada costuma desde então dedicar páginas substanciais ao assunto, com destaque para o confronto entre a *teoria da causa*, a *teoria da conexão entre os enriquecimentos*, a *teoria da equidade* e a *teoria do equilíbrio das prestações*. Sem embargo de seu inegável interesse histórico, essas teorias pouco oferecem para solucionar os problemas decorrentes da exceção de inadimplemento (pressupostos, efeitos, limites, atuação processual etc.); sua relevância prática parece consideravelmente menor em

---

<sup>608</sup> Por isso deixaremos em aberto as perguntas formuladas em nossa Introdução, relativas ao exemplo do clube de futebol que retira a logomarca de seu patrocinador por suposta má execução do contrato de patrocínio. Em vez de responder se o mau cumprimento da cláusula sobre remuneração variável justificaria a recusa do clube em disponibilizar o espaço ao patrocinador, acreditamos ser mais importante compreender que, para chegar a essa resposta, o intérprete deve analisar se as obrigações contrapostas são ou não correspectivas, mediante interpretação contratual, bem como avaliar até que ponto o cumprimento daquela obrigação, mesmo insatisfatório, teria sido útil ao clube, considerados seus interesses plasmados no contrato. Ao invés de afirmar se o procedimento adotado pelo clube seria ou não aceitável, parece-nos mais relevante apontar que a legitimidade do exercício do direito a não cumprir deve ser medida à luz de sua função, que é a de proteger o excipiente do risco de adimplir sem que lhe seja garantido o atendimento daqueles interesses.

ordenamentos, como o brasileiro, que possuem regras capazes de moldar as feições da *exceptio*. De mais a mais, a busca pelos fundamentos de um instituto, como forma de definir suas feições, parece um procedimento metodologicamente criticável, por dar primazia a elementos genéticos dos fenômenos jurídicos, colaborando, pois, para sua pretensa imutabilidade. Essa busca deve ser substituída pela identificação das *funções* que o instituto é capaz de desempenhar.

### **3. A identificação das possibilidades interpretativas do art. 476 do Código Civil.**

Para investigar as funções da exceção de inadimplemento, este estudo empreendeu uma análise das potencialidades interpretativas do texto consolidado no art. 476 do Código Civil. Viu-se que a principal leitura que se faz a partir da regra é a de servir de base para que o réu, demandado pelo autor inadimplente, possa recusar o cumprimento de sua obrigação enquanto o demandante não cumprir, ou não oferecer, a que lhe cabe anterior ou simultaneamente; eis a *exceptio non adimpleti contractus* em sua manifestação tradicional. Há ainda outra interpretação decorrente do texto, sem fugir de sua literalidade; basta ver-se o mesmo fenômeno por outro ângulo: se, por não ter cumprido sua obrigação, um contratante não pode “exigir o implemento da do outro”, significa, por imperativo lógico, que o contratante fiel está legitimado a recusar o cumprimento. Ou seja, se o inadimplente não pode exigir o cumprimento da obrigação do outro contratante, então este último não está obrigado a cumprir enquanto perdurar a inadimplência alheia. E, se o contratante fiel não pode ser cobrado durante esse período, então ele tem uma espécie de *direito a não cumprir*.

**4. O direito a não cumprir.** O principal resultado decorrente da interpretação do art. 476 é o de *legitimar a postura do contratante de não cumprir sua obrigação enquanto não lhe for exigível fazê-lo*, seja porque deve prestar em segundo lugar, conforme a dinâmica do contrato, ou porque sua obrigação somente será exigível mediante oferecimento da que lhe é correspectiva. Assim, apesar da alcunha atribuída ao instituto, o art. 476 do Código Civil não dá azo apenas a uma exceção a ser alegada no processo, mas consagra um *direito potestativo*, que pode ser exercido de diversas maneiras e independe de reconhecimento judicial. O tão-só fato jurídico “inadimplemento *lato sensu*” será suficiente para disparar os efeitos do mecanismo estudado. O eventual reconhecimento em juízo da legitimidade da recusa terá eficácia meramente declaratória.

**5. A utilidade concreta do art. 476 do Código Civil, conforme a jurisprudência brasileira.** Nossos tribunais têm reconhecido diversas aplicações concretas ao art. 476 do Código Civil, sendo a mais comum, por óbvio, dar lastro a uma defesa do demandado em ação direcionada ao cumprimento. O disposto no art. 476 do Código Civil também pode servir como defesa do réu na ação de resolução contratual por inadimplemento – seja para assegurar a manutenção do contrato ou para afastar os efeitos de uma inadimplência que lhe seja supostamente imputável. Além disso, a possibilidade do ajuizamento de ações atípicas, ao lado da complexidade dos negócios privados e da inesgotável criatividade dos atores do tráfico jurídico, permite que, tendo por base o disposto no art. 476 do Código Civil, se ampliem as alternativas de atuação do contratante fiel perante o inadimplemento da contraparte. Identificada a existência de um direito a não cumprir, ou seja, admitido que o contratante pode legitimamente suspender o oferecimento de sua prestação diante da inexecução alheia, então o puro e simples reconhecimento dessa legitimidade lhe pode ser satisfatório.

**6. A função primordial da exceção de inadimplemento.** Costuma-se atribuir à exceção de inadimplemento as funções de *defender a posição jurídica do devedor*, de *colaborar para o cumprimento integral do contrato*, de servir como *mecanismo de pressão à contraparte inadimplente*, de atuar como uma *garantia indireta do crédito* do contratante fiel e, por fim, de manter *o equilíbrio da relação contratual sinalagmática*. Os exemplos analisados neste trabalho mostram que, de fato, a *exceptio* pode desempenhar todos esses papéis – e talvez até mesmo alguns outros que não tenhamos sido capazes de assimilar –, cabendo-nos depurar, de todas essas manifestações, qual é primordial, que sempre está presente e, justamente por isso, deve ser tomada em conta para a correta compreensão do mecanismo. Queremos crer que, à luz das potencialidades da regra, dos exemplos analisados e do estado atual da doutrina e da jurisprudência, a função precípua do instituto é a de *tutelar o contratante fiel na sua posição jurídica de devedor, garantindo-lhe que não será constrangido a cumprir sua obrigação fora dos termos em que contratou, sem que lhe seja assegurado o atingimento de seus interesses contratuais, e que tampouco ser-lhe-ão imputados os efeitos jurídicos de um suposto inadimplemento*.

**7. Os requisitos da exceção de inadimplemento.** Não há maiores divergências a respeito de quais devem ser os pressupostos para oposição da *exceptio non adimpleti*

*contractus*. Os autores que se debruçaram sobre o tema comungam a respeito de três requisitos fundamentais: (i) o *vínculo de correspectividade*; (ii) o *inadimplemento*; e (iii) a *exigibilidade* da obrigação do *excepto*.

**8. O vínculo de correspectividade.** O *vínculo* ou *nexo de correspectividade* é uma estipulação contratual, expressa ou implícita, um elemento de existência do contrato, que compõe o seu conteúdo e que pode ser extraído da declaração negocial produzida pelas partes. É o resultado de certas obrigações serem correspectivas entre si, funcionalmente interdependentes e destinadas ao atingimento das finalidades visadas pelos contratantes. O conceito de obrigação a adotar-se, frise-se, não pode ser aquele romanístico de dever prestacional contraposto a direito subjetivo; em vez disso, considerem-se as obrigações com todos os elementos que as compõem: deveres de prestação, deveres de conduta, direitos subjetivos e potestativos, interesses, expectativas, pretensões, ônus, faculdades etc., cujo conteúdo variará de acordo com cada negócio jurídico concretamente celebrado; ademais, especialmente nas relações duradouras, compreendam-se as obrigações como um processo contínuo, que se prolonga no tempo. A identificação desse nexo de correspectividade é uma tarefa destinada ao intérprete; não há fórmulas na lei, tampouco critérios rígidos que possam determinar se, em cada contrato celebrado, tais ou quais obrigações são correspectivas entre si. Será no procedimento de interpretação contratual que se buscará a identificação desse liame. A percepção de que as obrigações correspectivas, para legitimar o recurso à *exceptio*, devem compor o programa contratual globalmente considerado se evidencia no exame dos *contratos coligados*, e mesmo nos contratos associativos esse vínculo pode estar presente.

**9. O inadimplemento.** As classificações do inadimplemento mais conhecidas no Direito brasileiro não têm conteúdo operacional útil para o manejo da *exceptio non adimpleti contractus*. Como a função do instituto é garantir ao contratante fiel que não lhe será exigível cumprir sua obrigação sem que se lhe assegure o atingimento de seus interesses contratuais, não influi, para oposição da *exceptio*, se a ausência de cumprimento pelo *excepto* é ou não justificada; se a inadimplência é imputável ao *excepto* ou não; se tem por objeto apenas parte ou toda a obrigação descumprida; se foram deveres de conduta ou se foram deveres principais de prestação que deixaram de ser cumpridos. O pressuposto é a tão-só inexecução de obrigação correspectiva, em

sentido amplo. Assim, a *exceptio non adimpleti contractus* poderá ser oposta perante mora, inadimplemento absoluto, cumprimento insatisfatório, violação positiva do contrato, vícios redibitórios e até mesmo perante uma inexecução justificada por caso fortuito ou força maior; também será oponível em casos de inadimplemento de contratos aleatórios, de obrigações negativas ou de obrigações de meio.

**10. A exigibilidade da obrigação do excepto.** Para opor-se a exceção de inadimplemento, a dinâmica de cumprimento das obrigações deve fazer com que, das duas, uma: ou as obrigações serão simultaneamente exigíveis, não havendo dever de uma parte prestar antes do que a outra; ou o excepto deverá prestar antes do que o excipiente, o que legitima este a recusar o cumprimento enquanto o primeiro não o fizer. Excepcionalmente, verificando-se circunstâncias objetivas capazes de demonstrar que, no vencimento da obrigação, o resultado útil esperado pelo contratante não será atingido, pode ele suspender o adimplemento de sua obrigação, se lhe for conveniente, à luz do art. 476 do Código Civil – independentemente do oferecimento de caução ou depósito de sua prestação.

**11. Os efeitos da exceção de inadimplemento.** O efeito primordial da exceção de contrato não cumprido é a suspensão da exigibilidade da obrigação devida pelo excipiente. Trata-se de uma causa impeditiva da exigibilidade da obrigação por parte daquele que não adimpliu a sua, o que torna a exceção de inexecução um modo potencialmente eficiente e de baixo custo para proteção dos interesses do excipiente, além de pouco propício a causar prejuízos ilegítimos ao excepto. Além disso, como o contratante fiel não é simplesmente obrigado a prestar, mas a prestar *se e enquanto* a contraparte também o fizer, os efeitos jurídicos de um inadimplemento *strictu sensu* não podem ser imputados ao excipiente quando sua recusa tiver fundamento de legitimidade na inadimplência do excepto.

**12. A ineficácia da exceção de inadimplemento.** Durante o período em que a *exceptio non adimpleti contractus* produz efeitos, há fatores supervenientes que podem incidir na relação contratual de modo a tornar o mecanismo ineficaz, seja pelo atendimento de suas funções ou pela impossibilidade superveniente de atendê-las. Os mais comuns são aquelas circunstâncias que levam à *extinção das obrigações correspectivas*, com o que a potencialidade do mecanismo se esvazia: se não há mais obrigação a cumprir-se, deixa

de haver prestação a ter sua exigibilidade suspensa. É o que ocorre quando há cumprimento da obrigação, novação objetiva, compensação, confusão, remissão ou impossibilidade definitiva da prestação. O exercício da *exceptio non adimpleti contractus* também é diretamente afetado pela prescrição que se abater sobre a pretensão do excipiente à prestação devida pelo excepto, caso haja prazos diferentes entre as pretensões titularizadas por cada um dos contratantes. Não será afetado, todavia, pelo oferecimento de caução por parte do excepto; como a função do instituto não é evitar o empobrecimento do excipiente, mas assegurar-lhe que não será obrigado a prestar sem a obtenção do correspondente, a tão-só prestação de uma garantia será insuficiente para atingir tal propósito. Ainda, sendo um elemento categorial derogável dos contratos sinalagmáticos, a exceção de inadimplemento pode ser objeto de renúncia, bem como de outros arranjos contratuais, desde que obedeçam aos requisitos de validade fixados pela legislação brasileira e atendam aos limites que lhe sejam impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos seus fins econômicos e sociais.

**13. Limites.** Sendo a *exceptio non adimpleti contractus* a manifestação de um direito potestativo, pelo qual seu titular interfere diretamente na relação jurídica que o vincula à contraparte, é imperioso que o ordenamento jurídico disponha de ferramentas capazes de evitar que o exercício (aparentemente legítimo) dessa faculdade desvie de suas funções, dê margem a abusos ou prejudique pessoas com interesses dignos de tutela ao redor da execução do contrato. Para fins didáticos, identificamos três modalidades pelas quais a *exceptio non adimpleti contractus* pode sofrer limitações. A primeira delas é a limitação à sua própria *oponibilidade*, ou seja, situações em que, embora os pressupostos para sua alegação estejam presentes, determinados limites incidem de modo a impedir, naquela situação concreta, que o direito a não cumprir seja exercido; é o caso do oferecimento abusivo da exceção de inadimplemento, em desacordo com a boa-fé, os bons costumes ou sua própria função, conforme as balizas impostas pelo art. 187 do Código Civil. A exceção de contrato não cumprido também pode sofrer limites quanto à sua *eficácia* – isto é, a legitimidade da recusa é reconhecida, mas seus efeitos podem sofrer restrições, não sendo aplicáveis em sua plenitude; é o que se dá tanto nos casos de inadimplemento substancial como nas circunstâncias em que a execução do excepto seja imperfeita ou parcial, eventos que dão margem a uma “subespécie” do instituto: a *exceptio non rite adimpleti contractus*, ou exceção de contrato insatisfatoriamente cumprido. Nessas ocasiões, o intérprete deverá levar em



consideração diversos critérios para definir a amplitude dos efeitos da exceção de contrato não cumprido, com destaque para os seguintes: (i) o *resultado útil* produzido pela prestação efetuada; (ii) o *risco* a que o excipiente fica submetido de não obter a contraprestação; (iii) a *gravidade* da inadimplência do excepto; (iv) a *proporcionalidade* entre o dever descumprido e aquele a ser suspenso; (v) a *adequação* entre a interrupção do cumprimento e o interesse do excipiente a ser protegido; e (vi) a potencialidade de a exceção de inadimplemento resultar *excessivamente gravosa* para o excepto ou terceiros. Deve-se, pois, ser realizado um exame de *compatibilidade* entre a *função abstrata* da exceção de contrato não cumprido e a *função concreta* visada pelo excipiente quando de seu oferecimento. Há hipóteses, por fim, em que a maneira como o direito a não cumprir for colocado em prática (ou seja, seu *exercício concreto*) pode ser objeto de limitações; isso se dá, por exemplo, quando existam interesses dignos de tutela detidos por terceiros que circundem a execução do contrato, ou quando a prestação a ser suspensa tenha natureza essencial.

## REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português: conceito e fundamento*. Coimbra: Almedina, 1986.
- ADDIS, Fabio (coord.). *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*. Milano: Giuffrè, 2006.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Interpretação". In: *Revista AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, n.45, mar. 1989, pp. 7-20.
- \_\_\_\_\_. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. "Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – Ou de como o art. 3º da Lei nº 11.280/2006 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro". In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, jan./mar. 2006, pp. 280-296.
- ALEIXO, Celso Quintella. *Adimplemento substancial e resolução dos contratos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, 2005.
- ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMORIM FILHO, Agnelo. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis". In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 836, 2005, pp. 733-763.
- ASCARELLI, Tullio. "O contrato plurilateral". In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, pp. 372-451.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. "Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002". In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 28, out./dez. 2006, pp. 77-92.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Do direito das obrigações*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AUBRY, Charles; RAU, Frédéric Charles. *Cours de droit civil français*. t. 4. 4. ed. Paris: LGDJ, 1871.

AZEVEDO, Álvaro Villaça “*Exceptio non adimpleti contractus* (Direito romano e direito civil)”. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 34. São Paulo: Saraiva, 1979, pp. 405-409.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido”. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 159-172.

\_\_\_\_\_. “Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual”. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 137-147.

\_\_\_\_\_. “Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato”. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 345-376.

AZEVEDO, Fernando Costa de. “A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial”. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 62, abr./jun. 2007, pp. 86-123.

AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977.

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. v. 2. Milano: Giuffrè, 1946.

BARRETO, Celso Albuquerque. *Acordo de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARRETO, Julio. “O abuso do protesto utilizado como mero meio de cobrança”. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 365-402.

BÁRTOLO DE SASSOFERRATO. *In secundam Digesti veteris Partem*. Venetiis: Ivntas, 1570.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, Louis. *Delle obbligazioni*. v. 2. In: *Trattato teorico-pratico di diritto civile*. Milano: Francesco Vallardi, 1945.

BECKER, Anelise. “A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, nº 1, nov. 1993, pp. 60-70.

- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2. 5. tiragem. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRITTO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CAPITANT, Henri. *De la causa de las obligaciones*. Pamplona: Analecta, 2005.
- CARPENA, Heloísa. “O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 401-420.
- CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CASSIN, René. *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*. Paris: Sirey, 1914.
- \_\_\_\_\_. “Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution”. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, t. 18, 1945, pp. 159-180.
- CASTILHO, Jocélia de Almeida. *A exceptio non adimpleti contractus no âmbito do Direito Administrativo*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. José Cretella Júnior, São Paulo, 1994.
- CAVALCANTI, José Paulo. “Renúncia: definição e generalidades”. In: *Direito civil (escritos diversos)*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 109-111.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela USP, sob orientação da Professora Doutora Teresa Ancona Lopez, São Paulo, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. “Eficácia dos acordos de acionistas”. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 74-87.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil* [1984]. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português*. v. 1. t. 1. Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, Pedro Oliveira da. *O acordo de quotistas como instrumento de preservação da empresa: a aplicação do princípio da função social dos contratos aos pactos parassociais*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela UERJ, sob orientação da Professora Doutora Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, 2003.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. “Aplicabilidade do princípio da continuidade às concessões de energia elétrica”. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo: IOB, v. 1, nº 21, nov. 2004, pp. 782-779.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

DEIAB, Felipe Rocha. *Novos institutos do direito contratual contemporâneo: contratos relacionais, impossibilidade relativa e dever de renegociação*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira Mota, Rio de Janeiro, 2007.

DEMOLOMBE, Jean Charles Florent. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. t. 1. In: *Cours de Code Napoléon*. v. 29. t. 6. Paris: Durand & Pedone Lauriel, 1876.

\_\_\_\_\_. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. t. 3. In: *Cours de Code Napoléon*. v. 25. Paris: Durand & Pedone Lauriel, 1878.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Souza. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações*. Rio de Janeiro: Record, 1961.

\_\_\_\_\_. *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses*. Rio de Janeiro: Record, 1962.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Derecho de obligaciones*. In: *Tratado de derecho civil*. v. 2. t. 2. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1950.

- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- FAVARA, Ettore. *L'exceptio non adimpleti contractus*. Napoli: Lorenzo Barcan, 1939.
- FERRAZ, Olimpio. *Exceção de contrato não cumprido*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1957.
- FERREIRA, José do Valle. “Resolução dos contratos”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 403, mai. 1969, pp. 9-21.
- FERREIRA, William Santos. “Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – Compatibilizações materiais e processuais”. In: ASSIS, Araken de *et al.* (coord.). *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 543-556.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. “A quebra positiva do contrato”. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, v. 15, nº. 44, nov. 1988, pp. 144-152.
- FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. “‘*Affectio societatis*’: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de ‘fim social’”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 27-67.
- FRÍAS, Ana López. *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, 1994.
- GAGLIARDI, Rafael Villar. *A exceção de contrato não cumprido*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre pela Pontifícia Universidade Católica, sob a orientação do Professor Doutor Renan Lotufo, São Paulo, 2006.
- GASTALDI, José Maria; CENTANARO, Esteban. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- GAVAZZONI, Adriana. *A renegociação e adaptação do contrato internacional*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GAZALLE, Gustavo Kratz. *O conceito de mora na teoria contratual moderna*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera, Porto Alegre, 2006.
- GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 5. ed. Paris: A. Rousseau, 1911.

GIORGIANNI, Michele. “O direito privado e as suas atuais fronteiras”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 747, jan. 1998, pp. 35-55.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula hardship*. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

\_\_\_\_\_. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

GORLA, Gino. *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*. Padova: CEDAM, 1934.

GRASSO, Biagio. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto: profili generali*. Camerino: Jovene, 1973.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *Collected legal papers*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2006, pp. 292-293.

JUSTINIANO I. *Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C.* Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

KHOURI, Paulo R. Roque A. “A exceção do contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no direito brasileiro”. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, nº 94, jun. 2004, pp. 293-317.

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

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. “A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação”. In: TEPEDINO,

Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 265-297.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. “Acordo de acionistas sobre exercício do direito de voto”. In: *A lei das S.A.* v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pp. 283-296.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LECCESE, Eva. *La clausola solve et repete*. Milano: Giuffrè, 1998.

LEWICKI, Bruno. “Panorama da boa-fé objetiva”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 55-75.

\_\_\_\_\_. *Limitações ao direito de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Doutor Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, 2007.

LIMA, Alcides Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 2. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 383

LIMA, Otto de Souza. *Teoria dos vícios redibitórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. “Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial”. In: *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 16, 1995, pp. 45-51.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

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*. v. 3, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LOPEZ, Teresa Ancona. “O estado de perigo como defeito do negócio jurídico”. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, nº 68, dez. 2002, pp. 49-60.

MALECKI, Catherine. *L'exception d'inexécution*. Paris: LGDJ, 1999.

MARINANGELO, Rafael. *A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais de boa-fé*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo, São Paulo, 2005.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico: panorama geral e atuação do princípio da conservação*. Dissertação apresentada como requisito



parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor João Alberto Schützer Del Nero, 2001.

\_\_\_\_\_. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUÈS, Albert Lamarca. *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Guilherme Magalhães. “A *suppressio* e suas implicações”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 32, out./dez. 2007, pp. 143-159.

MARTINS, Joana Graeff. *Uma abordagem acerca da causa contratual*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo, São Paulo, 2008.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Silvio Luís Ferreira da Rocha, São Paulo, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. “Adimplemento e inadimplemento”. In: *Anais do Seminário EMERJ debate o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: EMERJ, fev./jun. 2002, pp. 95-113.

\_\_\_\_\_. “Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil: estruturas e rupturas em torno do art. 187”. In: *Doutrina ADCOAS*, São Paulo: ADCOAS, v. 6, nº 10, out. 2003, pp. 309-310.

\_\_\_\_\_. *Do inadimplemento das obrigações*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. v. 5. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. “Notas sobre o princípio da função social do contrato”. In: *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, nº 37, ago./set. 2004, pp. 17-21.

\_\_\_\_\_. “Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro”. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 388-421.

\_\_\_\_\_. “Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé”. In: Gustavo Tepedino (org.), *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Atlas, 2008, pp. 57-95.

MASNATTA, Hector. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

MATTIETTO, Leonardo. “A prescrição à luz da Lei nº 11.280/2006”. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nº 42, set. 2006, pp. 89-94.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. 2ª parte. v. 3. Buenos Aires: Europa-America, 1978.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações: ou tratado geral dos direitos de crédito*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911.

\_\_\_\_\_. *Contratos no direito civil brasileiro*. t. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948.

\_\_\_\_\_. *Manuale di diritto civile e commerciale*. v. 3. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1959.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. 6. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. t. 26. Campinas: Bookseller, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. v. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. “Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Atlas, 2008, pp. 262-281.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro”. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 309, jan./mar. 1990, pp. 33-61.

\_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. “A causa dos contratos”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 21, jan./mar. 2005, pp. 95-119.

\_\_\_\_\_. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 105-147.

\_\_\_\_\_. “Prefácio”. In: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. XIX-XXVI.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reconvenção”. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp. 112-132.

\_\_\_\_\_. “Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 11, jul./set. 2002, pp. 71-73.

MORENO, María Cruz. *La exceptio non adimpleti contractus*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. “O princípio da boa-fé contratual”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 221-253.

\_\_\_\_\_. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. *Prescrição e decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NEVES, José Roberto de Castro. *O Código do Consumidor e as cláusulas penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. “A *Verwirkung*, a renúncia tácita e o direito brasileiro”. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 271-282.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Taxionomia contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. “Quebra positiva do contrato”. In: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, v. 25, nº 72, mar. 1998, pp. 102-126.

OSTI, Giuseppe. “Contrato (Concetto, distinzioni)”. In: D’AMELIO, Mariano (dir.). *Nuovo Digesto italiano*. v. 4. Torino: UTET, 1938, pp. 36-70.

PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. t. 2. Paris: Sirey, 1934.

PENTEADO, Luciano de Camargo. “Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros”. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 20, out./dez. 2004, pp. 235-265.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Maria de Lurdes. *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra: Almedina, 2001.

PEREIRA, Maria de Lurdes; PEREIRA, Pedro Múrias. “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”. *Separata* de CORDEIRO, Antônio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (coord.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. “Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento”. In: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa: Verbo, 2009 (no prelo).

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor Renan Lotufo, São Paulo, 2008.

PERLINGIERI, Pietro *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERSICO, Giovanni. *L'eccezione di inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. “Serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Atlas, 2008, pp. 191-218.

PICARD, Maurice; PRUDHOMME, André. “De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations”. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 11, Paris: Sirey, 1912, pp. 61-109.

PILLEBOUT, Jean-François. *Recherches sur l'exception d'inexécution*. Paris: LGDJ, 1971.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

REALE, Miguel. “A boa-fé na execução dos contratos”. In: *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 22-32.

REALMONTE, Francesco. “Eccezione di inadempimento”. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. 14. Milano: Giuffrè, 1965, pp. 222-240.

RENNER, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

RENTERÍA, Pablo. “Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 281-313.

\_\_\_\_\_. *A atual relevância da distinção entre obrigações de meios e de resultado no direito brasileiro* (no prelo).

ROCHA, João Luiz Coelho da. *Acordo de acionistas e acordo de cotistas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ROCHA, Manuel António Coelho da. *Instituições de direito civil*. t. 2. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUES, Silvío. “Contrato bilateral (...). Exceção do contrato não cumprido (...). Interpretação dos contratos (...). Enriquecimento sem causa (...)”\*. In: *Direito civil aplicado*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 137-147.

\_\_\_\_\_. “Contrato de empreitada (...). *Exceptio non adimpleti contractus* (...). Prazo contratual (...). Mora (...). Multa contratual (...). Da compensação (...)”\*. In: *Direito civil aplicado*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 219-233.

\_\_\_\_\_. “Contrato de empreitada (...). Usina produtora de álcool (...). Contratos bilaterais (...). Perdas e danos”\*. In: *Direito civil aplicado*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 35-48.

\_\_\_\_\_. *Direito civil*. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. “Contratos (geral)”. In : PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009, pp. 456-516.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier Projet de Code Civil pour l’Empire Allemand*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1925.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 15. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 113-148.

SAVI, Sérgio. “Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 457-488.

---

\* Os pareceres publicados por Silvío Rodrigues nos inúmeros volumes de seu *Direito civil aplicado* não costumam conter títulos, sendo identificados por ementas. Dada a considerável extensão das ementas relativas aos textos citados, optou-se aqui por condensá-las, mencionando-se apenas o primeiro período de cada parágrafo, grifando-se três pontos entre parênteses para identificar que nem todo seu conteúdo foi reproduzido.

SCHILLING, Arno. “A exceção de inexecução de contrato bilateral”. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nº 156, nov./dez. 1954, pp. 498-500.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. “A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v.32, out./dez. 2007, pp. 3-28.

SCOTT, Samuel Parsons. *The civil law*. v. 11. Cincinatti: The Central Trust Company, 1932.

\_\_\_\_\_. *The civil law*. v. 2. Cincinatti: The Central Trust Company, 1932.

SERRA, Adriano Vaz. “Exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)”. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº 67, jun. 1957, pp. 17-181.

SILVA, Clóvis do Couto e. “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58.

\_\_\_\_\_. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Junqueira de Azevedo, São Paulo, 2001.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Adimplemento substancial*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni, São Paulo, 2006.

TAVARES, Willie Cunha Mendes. *A aplicação da exceção do contrato não cumprido aos contratos conexos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, Rio de Janeiro, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. “A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado”. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 301, mai. 1988, pp. 73-83.

\_\_\_\_\_. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. XV-XXXIII.

\_\_\_\_\_. “Notas sobre a função social dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-406.

\_\_\_\_\_. “Ruptura da *affectio societatis* e seus efeitos sobre os direitos previstos em acordo de acionistas”. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 331-363.

\_\_\_\_\_. “Unidade do ordenamento e teoria da interpretação”. In: *Temas de direito civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 427-429.

\_\_\_\_\_. “Velhos e novos mitos na teoria da interpretação”. In: *Temas de direito civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 419-421.

TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. “O Código Civil e o Direito Civil Constitucional”. In: Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*. t. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 377-378.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. “Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 29-44.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Exceção de contrato não cumprido – Aspectos materiais e processuais”. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Síntese, nº 189, jul. 1993, pp. 7-20.

TOLOMEI, Carlos Young. “A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.), *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 361-399.

TORRES, Emmanuel Becker. *A suspensão do fornecimento de energia elétrica em face ao inadimplemento do consumidor: a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana como limite à exceptio non adimpleti contractus*, apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado pela UFPE, sob orientação da Professora Doutora Fabíola Santos Albuquerque, Recife, 2007.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 28. ed. Padova: CEDAM, 1986.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. *Das obrigações em geral*. v. 2. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIARO, Silvia. *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de *Dottorato in Giurisprudenza* pela *Università degli Studi di Padova*, sob orientação do Professor Luigi Garofalo, 2008.

VILELLA, João Baptista. “Apontamentos sobre a cláusula ‘... ou deveria saber’”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 32, out./dez. 2007, pp. 161-178.

WALD, Arnoldo. “A cessão de posição no mercado financeiro e a insolvência do cessionário – Da compensação legal nos negócios jurídicos bilaterais e da exceção do contrato não cumprido”. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 67, jan./mar. 1994, pp. 85-101.

WESTERMANN, Peter. *Direito das obrigações: parte geral*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983.

ZIMMERMANN, Dennys. *Seguro e seguro-garantia: qualificação e regime jurídico*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação da Professora Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, 2006.