

ROBERTA MARIA RANGEL

***Exceptio non adimpleti contractus* no Direito brasileiro:
ensaio de uma interpretação restritiva**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Otavio Luiz Rodrigues Jr.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2023

ROBERTA MARIA RANGEL

***Exceptio non adimpleti contractus* no Direito brasileiro:
ensaio de uma interpretação restritiva**

Versão corrigida

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob orientação do Professor Associado Dr. Otavio Luiz Rodrigues Jr.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2023

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

Rangel, Roberta Maria

Exceptio non adimpleti contractus no Direito brasileiro: ensaio de uma interpretação restritiva ; Roberta Maria Rangel ; orientador Otavio Luiz Rodrigues Jr. -- São Paulo, 2023.

225

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Exceção de contrato não cumprido. 2. Inadimplemento contratual. 3. Autotutela contratual. 4. Contratos administrativos. 5. Direito dos Contratos. I. Rodrigues Jr., Otavio Luiz, orient. II. Título

Nome: RANGEL, Roberta Maria

Título: *Exceptio non adimpleti contractus* no Direito brasileiro: ensaio de uma interpretação restritiva.

Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição _____

Julgamento _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição _____

Julgamento _____

AGRADECIMENTOS

É um privilégio apresentar uma tese de doutorado na prestigiada Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Agradeço a Deus e à Santa Terezinha de Lisieux, por me possibilitarem uma fé tranquilizadora.

Essa tese só foi possível com a ajuda de muitas pessoas, a começar por meu orientador, que acreditou em mim e nesse projeto, o Professor Associado Doutor Otavio Luiz Rodrigues Jr., exemplo de probidade, integridade acadêmica e pessoal.

Meus agradecimentos também aos dois outros membros de minha banca de qualificação, pelas valiosas sugestões ao ainda incipiente trabalho as quais foram, no possível, acatadas: Professor Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes e Professor Rodrigo Xavier Leonardo.

Faço um registro especial aos meus amigos de todas as horas, na certeza de que cada um deles têm consciência da importância que têm na minha vida e que tiveram nesse trabalho. Para não cometer o erro inescusável de eventualmente deixar de nomear um deles, declino de o fazer.

Aos meus companheiros de escritório, bem como da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que contribuíram para que esse trabalho chegasse a bom termo.

À minha amada mãe e ao meu pai (*in memoriam*), aos meus irmãos, cunhadas, sobrinhos, enteada e agregados, que tornam minha vida mais alegre e leve.

Por último, e em especial, ao meu marido, José Antonio: eu não teria conseguido ultrapassar essa etapa de vida sem seu amor, orientação, compreensão e paciência.

RESUMO

O tema desta tese é a denominada exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), antigo remédio contratual aceito em países de tradição romano-germânica, mas pouco explorado pela doutrina brasileira, que apenas recentemente voltou a dedicar-se ao seu estudo. Considerando os recentes estudos sobre a exceção de contrato não cumprido, pretende-se analisar sua natureza jurídica, suas raízes históricas (trata-se de remédio formulado pelos canonistas e desenvolvido pela doutrina medieval, embora o gênero “exceção” derive do direito romano), seu campo de incidência no Direito brasileiro e, em especial, sua função de autotutela contratual ou, mais rigorosamente, de verdadeira sanção privada. Com base nesses pressupostos, e em seu confronto com o sistema brasileiro de remédios contratuais, busca-se formular uma proposta de incidência da exceção de contrato não cumprido que seja mais restritiva, *i.e.*, não se aplicando aos deveres derivados da boa-fé. Por fim, será analisado brevemente o comportamento desse remédio de autotutela nos contratos administrativos buscando, na interpretação sistêmica, mais um argumento que sustente a presente proposta de incidência restritiva.

Palavras-chave: Exceção de contrato não cumprido; Inadimplemento contratual; Autotutela contratual; Contratos administrativos; Direito dos Contratos.

ABSTRACT

This thesis addresses the *exceptio non adimpleti contractus*, a legal remedy which ensures that, in a reciprocal contract, a party may withhold their performance until the other party has duly performed their obligations. For a long period of time, this remedy has been ordinarily exercised in civil law jurisdictions, but it was not until recently that Brazilian scholars began to periodically research about the theme. Based on these recent studies, the thesis shall analyze the legal framework of *exceptio non adimpleti contractus*, while also looking over its historical roots as a remedy established under Canon Law and developed by scholars in the Middle Ages, albeit derived from civil law tradition. In sequence, we proceed to establish the grounds for its exercise under Brazilian law and its role of being a self-help mechanism, specifically as a penalty that shall be implemented by the non-breaching party. In this sense, the *exceptio* will be studied *vis-à-vis* the set of legal remedies in Brazilian Contract Law and we shall advocate a more restrictive application of the *exceptio*, *i.e.*, not applicable to the duties derived from good faith doctrine. Finally, the behavior of this self-help mechanism in contracts involving the public administration will be briefly analyzed seeking, into systemic interpretation, one more argument that supports the present proposal of restrictive incidence.

Keywords: *Exceptio non adimpleti contractus*; Breach of contract; Self-help mechanism; Contracts in public administration; Contract Law.

RIASSUNTO

Il tema di questa tesi è la cosiddetta eccezione d'inadempimento (*exceptio non adimpleti contractus*), un vecchio rimedio contrattuale accettato nei paesi di tradizione romano-germanica e poco studiato nella dottrina brasiliana, che solo più di recente è tornata a dedicarsi alla figura. Tenendo conto di questi recenti studi sull'eccezione d'inadempimento, verrà analizzata sua natura giuridica, sue radici storiche (questo rimedio è stato formulato dai canonisti e sviluppato dalla dottrina medievale, ancorché l'eccezione in generale sia un prodotto del diritto romano), suo campo di incidenza di fronte al diritto brasiliano e, in particolare, la sua funzione di autotutela contrattuale o, per dirla in modo più rigoroso, di vera sanzione privata. Sulla base di tali presupposti, e confrontando i dati fondamentali con il sistema brasiliano dei rimedi contrattuali, si proporrà l'applicazione restrittiva dell'eccezione d'inadempimento, cioè non applicabile ai doveri derivanti dalla buona fede. Infine, verrà fatta brevemente un'analisi di questo rimedio di autotutela nei contratti amministrativi ricercando, nell'interpretazione sistemica, un argomento in più a sostegno della presente proposta di applicazione restrittiva.

Parole chiave: eccezione d'inadempimento; Inadempimento contrattuale; Autotutela contrattuale; Contratti amministrativi; Diritto contrattuale.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	6
RESUMO	7
ABSTRACT	8
RIASSUNTO	9
SUMÁRIO	11
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	15
INTRODUÇÃO	17
1. O tema e sua relevância	17
1.1. A “buona” exceção de contrato não cumprido.....	17
1.2. Justificativa	20
1.3. A sede teórica e histórica da exceção de contrato não cumprido. Desafios	24
1.4. A exceção de contrato não cumprido no sistema brasileiro do adimplemento-inadimplemento	27
1.5. A exceção de contrato não cumprido nos contratos administrativos.....	29
2. Opções terminológicas	30
3. Metodologia	30
3.1. Metodologia da pesquisa.....	30
3.2. Citações e Fontes	31
CAPÍTULO 1: NATUREZA JURÍDICA DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS. FUNÇÃO DE AUTODEFESA CONTRATUAL DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS	33
1. As Exceções Substanciais na doutrina clássica	33
1.1. Exceções substanciais: as verdadeiras “exceções”	33
1.2. As exceções substanciais como direitos subjetivos.....	37
1.3. Exceções substanciais dilatórias e peremptórias	39
2. As funções da exceptio non adimpleti contractus	40
2.1. A enac como expressão de autotutela contratual.....	40
2.2. Possíveis críticas e refutações	42
2.3. A atuação da enac na garantia e coerção do cumprimento do contrato.....	43
2.4. Diferenciações entre a enac e o direito de retenção	45
3. Consequências do exercício extrajudicial da exceptio non adimpleti contractus	47
4. Comportamento processual da exceptio non adimpleti contractus	49
4.1. Oportunidades de oposição da enac	49
4.2. Distribuição do ônus da prova	51
4.3. Efeitos do acolhimento judicial da enac.....	52
CAPÍTULO 2: LIMITES DA INCIDÊNCIA DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS	55

1.1. Bilateralidade e sinalagmaticidade	55
1.1.1. A noção de bilateralidade.....	57
1.1.2. A noção de sinalagmaticidade.....	60
1.1.3. O suporte fático do art. 476 do Código Civil	64
A. Contrato bilateral sinalagmático	64
B. Contrato bilateral imperfeito.....	65
C. Contratos coligados	68
1.2. Os deveres de prestação (primários e secundários)	70
1.3. A relação entre enac e o tempo do contrato.....	74
1.3.1. Deveres de prestação antecipada. Exigibilidade das prestações	74
1.3.2. A simultaneidade é efeito da enac.....	77
1.4. Outras questões relativas à incidência da enac	78
1.4.1. O problema da gravidade do incumprimento do excepto.....	78
1.4.2. Aplicabilidade ao incumprimento devido a força maior	79
1.4.3. Inaplicabilidade à obrigação natural	79
1.4.4. As dívidas prescritas e a máxima “quae temporalia”	80

CAPÍTULO 3: DIMENSÃO HISTÓRICA E CODIFICAÇÃO DE UM REMÉDIO CONTRATUAL.....83

1. Do Direito Romano à Idade Média	84
1.1. Inexistência de sistematização da exceptio non adimpleti contractus no Direito Romano clássico	84
1.2. Mecanismos que operaram a correspectividade das prestações de um mesmo contrato no Direito Romano clássico	87
1.3. A ideia de reciprocidade entre as prestações no Direito Romano clássico a partir alguns fragmentos	93
1.3.1. O fragmento de Varrão (De Re Rustica, 2, 2, 5-6).....	94
1.3.2. O fragmento de Labeão (D, 18, 1, 78, 2)	94
1.3.3. O fragmento de Ulpiano D. 19, 1, 13, 8.....	96
1.3.4. O fragmento D. 50, 16, 19: Labeão citado por Ulpiano. Fonte de controvérsias	96
1.4. A idealização da exceptio non adimpleti contractus na Idade Média	99
2. Das Codificações ao Direito Comunitário.....	105
2.1. As legislações alemãs do século XVIII	105
2.2. As codificações do século XIX	106
2.2.1. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).....	106
2.2.2. Código Civil francês e desenvolvimento doutrinário da exceptio non adimpleti contractus na França	110
2.2.3. O Código Civil italiano	115
2.2.4. Código Civil português	117
2.2.5. Brasil: do Direito pré-codificado aos Códigos civis de 1916 e 2002	119
2.3. Propostas de unificação do direito das obrigações	122
2.3.1. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (CISG)....	122
2.3.2. Demais diplomas de uniformização	128
2.3.3. Visão geral sobre as propostas de unificação do direito das obrigações	129

CAPÍTULO 4: A EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS NO SISTEMA BRASILEIRO DO ADIMPLENTO-INADIMPLENTO	131
1. Introdução.....	131
2. O Subsistema de Remédios das Crises Contratuais no Código Civil Brasileiro	133
2.1. As crises contratuais e as diferentes formas de enfrentá-las	133
2.2. Remédios do inadimplemento contratual.....	134
2.2.1. Aspectos gerais do inadimplemento obrigacional	134
2.2.2. O sistema brasileiro do adimplemento-inadimplemento. Crítica à sua generalidade em perspectiva comparatística.....	138
2.3. Remédios ao desequilíbrio do sinalagma	141
2.3.1. Aspectos gerais.....	141
2.3.2. Remédios do desequilíbrio do sinalagma genético e funcional	143
2.3.3. Exceções sinalagmáticas.....	144
2.3.4. A exceptio non rite adimpleti contractus. O problema da proporcionalidade.....	145
2.3.5. A exceção de inseguridade (art. 477 do CC)	147
A. Delineamento geral	147
B. Relação com outras hipóteses, especialmente a do art. 495 do CC	148
C. A onerosidade excessiva (art. 478 do CC)	150
2.4. Remédios derivados da boa-fé e da função social do contrato. A chamada “expansão do sinalagma” ...	152
2.4.1. O descumprimento contratual em obrigações complexas.....	152
2.4.2. Adimplemento substancial do contrato	154
2.4.3. Violação positiva do contrato	155
A. Surgimento da teoria, configuração da violação positiva e aplicabilidade.....	155
B. Efeitos e problemas de sua admissão no Brasil. Crítica ao uso da exceptio non adimpleti contractus em face da violação positiva	159
2.4.4. O inadimplemento antecipado do contrato	160
A. Configuração.....	160
B. Confronto com a exceptio non adimpleti contractus	162
3. A Exceptio non adimpleti contractus como Remédio para crises contratuais	163
4. Solidarismo Contratual, Boa-Fé e exceptio non adimpleti contractus. Proposta Restritiva	165
4.1. Premissas	165
4.2. Função, crise e revitalização do contrato	167
4.2.1. Errônea interpretação da autonomia privada	167
4.2.2. Função social do contrato.....	168
A. A função social em breve visão histórica.....	168
B. Críticas à redação do art. 421 do CC.....	169
4.3. A boa-fé.....	170
4.3.1. Recurso à boa-fé e vulgarização do princípio.....	170
4.3.2. Boa-fé e direitos fundamentais. Uma relação perigosa	171

4.3.3. Boa-fé e o excesso de contratualização. Em prol da preservação da importância da boa-fé..... 171

CAPÍTULO 5: EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....173

1. Proposta de diálogo entre o Direito Civil e o Direito Administrativo 173

2. Reação ao abuso do uso dos princípios no direito administrativo..... 176

3. A exceptio non adimpleti contractus nos contratos administrativos..... 179

3.1. A nova Lei de Licitações e Contratos: o “direito” do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato..... 179

3.2. A enac como remédio ao desequilíbrio do sinalagma do contrato administrativo 182

3.3. Requisitos de incidência da enac nos contratos administrativos 187

CONCLUSÕES.....189

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS193

Livros e monografias 193

Artigos de revistas e periódicos 204

Sítios eletrônicos..... 208

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ALR	<i>Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten</i> (1794)
ampl.	ampliada
Bd.	Band (volume)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemão)
C.	<i>Codex</i>
CC	Código Civil brasileiro
CF	Constituição Federal
Cf.	confrontar
cit.	citado
Coord.	coordenação, coordenado por, coordenadores
CPC	Código de Processo Civil brasileiro
D.	Digesto de Justiniano
ed.	edição
<i>enac</i>	<i>exceptio non adimpleti contractus</i>
et al.	<i>et alii</i> (e outros)
Gai.	Gai Institutiones
I.	Iustiniani Institutiones
LINDB	Lei de Introdução ao Código Civil
Mod	Modestinus
op. cit.	<i>Opus citatum</i> (obra citada)
org.	organização, organizado por, organizadores
p.	página
pp.	páginas
Pap	Papinianus
Paul	Paulus
pr.	<i>principium</i>
rev.	revista
s/a	sem ano
s/p	sem página

ss.	e seguintes (páginas)
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
t.	tomo
Ulp	Ulpianus
v.	volume

INTRODUÇÃO

1. O TEMA E SUA RELEVÂNCIA

1.1. A “buona” exceção de contrato não cumprido

Em uma alusão ao clássico “*Il Buono, il Brutto e il Cattivo*”, estrelado por Clint Eastwood e eternizado na música de Ennio Morricone, o jurista Pablo Moreno afirma em um artigo¹ que haveria uma *buona*, uma *brutta* e uma *cattiva* exceção de contrato não cumprido.

Segundo o autor, a depender das circunstâncias e do modo de exercício, a exceção de contrato não cumprido² seria *buona* (boa), quando seu exercício não for contrário à boa-fé e se prestar à defesa do contrato; *brutta* (feia), quando o inadimplemento já for irreversível e a figura não se mostrar útil à conservação do contrato; e seria *cattiva* (ruim), quando exercida fora dos limites da boa-fé.

A referência e o desenvolvimento do texto de Pablo Moreno Cruz mostram as dificuldades do estudo desse tema clássico do Direito Civil. A exceção de contrato não cumprido permite múltiplas abordagens e se conecta aos mais difíceis aspectos do Direito das Obrigações, a exemplo da noção de contrato bilateral e de sinalagma, com seus consectários, o problema da correspectividade e equivalência das prestações; a natureza jurídica da exceção; a gravidade do incumprimento de uma parte que permite à outra suspender sua própria prestação. Todos esses são elementos que integram o estudo da exceção de contrato não cumprido, figura expressamente positivada no Direito brasileiro, no art. 476 do Código Civil, nos seguintes termos:

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

¹ MORENO CRUZ, Pablo. “La ‘brutta’, la ‘buona’ e la ‘cattiva’ eccezione di inadempimento. A proposito dei limiti dell’exceptio inadimpleti contractus”. *Le Nuove Leggi Civili Commentate*. n. 4, ano XXX, pp. 215-228, abr. 2014. O artigo foi publicado originalmente em espanhol (Los límites a la exceptio inadimpleti contractus: la ‘buena’, la ‘mala’ y la ‘fea’ excepción de contrato no cumplido. *Revista de Derecho Privado*, n.24, pp. 133-150, jul./dez., 2013).

² Denominada no Código Civil italiano *eccezione d’inadempimento*. Pablo Moreno Cruz também a compreende como “autodefesa contratual”, na linha de Alberto Maria Benedetti.

A codificação brasileira acompanha, nesse ponto, outros códigos que também preveem a exceção de contrato não cumprido, como o alemão (§320 BGB³), o italiano (art. 1.460⁴), o português (art. 428⁵), o quebequense (art. 1.591⁶) e, mais recentemente – depois de longo tempo de aceitação e desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial –, também o francês (art. 1.219⁷, introduzido pela Reforma do direito contratual francês pela *Ordonnance* n° 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016).

É uma figura de contornos mais práticos⁸, cujo estudo é muito guiado pelo uso concreto, cujas principais funções são - assim acredita-se -, garantir a execução regular do contrato e pressionar a outra parte a cumprir sua prestação⁹.

A exceção de contrato não cumprido localiza-se, no Código Civil brasileiro, logo após o artigo atinente à resolução contratual (art. 475), a mais grave sanção da inexecução do contrato.

O direito à resolução não existia como categoria geral no Direito Romano; mas, para evitar que o vendedor de uma coisa se sujeitasse à insolvência do adquirente, a prática admitiu

³ “§320. Exceção de contrato não cumprido. (1) Aquele que está obrigado com base em um contrato sinalagmático, pode se recusar à realizar a sua prestação até a realização da contraprestação, a não ser que esteja obrigado a prestar antecipadamente. Se a prestação tiver de ser realizada a mais de uma pessoa, então ele pode se recusar a realizar a prestação a cada um até que a totalidade da contraprestação seja realizada. A disposição do §273, III, não se aplica aqui. (2) Caso uma das partes tenha prestado parcialmente, a outra parte não pode se recusar à realização da contraprestação se sua recusa, de acordo com as circunstâncias, e especialmente considerando a relativa insignificância da parte da prestação que falta, violar a boa-fé” (cf. EMMERICH, Volker. Vor §322. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Band 3*. Munique: C.H.Beck. Tradução: João Carlos Mettlach. Disponível em: https://www.academia.edu/50950467/M%C3%BCnchener_Kommentar_Emmerich_Vor_320_322_tradu%C3%A7%C3%A3o_do_alem%C3%A3o_. Acesso: 31 dez. 2022).

⁴ “Art. 1.460 (Eccezione d’inadempimento). (1). Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. (2). Tuttavia non può rifiutarsi l’esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”.

⁵ “Artigo 428º. (Noção). 1. Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo. 2. A excepção não pode ser afastada mediante a prestação de garantias”.

⁶ “§2. — De l’exception d’inexécution et du droit de rétention. 1591. Lorsque les obligations résultant d’un contrat synallagmatique sont exigibles et que l’une des parties n’exécute pas substantiellement la sienne ou n’offre pas de l’exécuter, l’autre partie peut, dans une mesure correspondante, refuser d’exécuter son obligation corrélative, à moins qu’il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des usages qu’elle soit tenue d’exécuter la première”.

⁷ “Art. 1.219. Une partie peut refuser d’exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l’autre n’exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave”.

⁸ Realçando esse caráter: GENICON, Thomas. L’Exception d’inexécution. In: CARTWRIGHT, John; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; WHITTAKER, Simon (direc.). *La Réécriture du Code civil: Le droit français des contrats après la réforme de 2016*. Paris: Société de Législation Comparée, v. 29, pp. 309-335, 2018.

⁹ Assim: GRÜNEBERG, Christian. §320. In: *Bürgerliches Gesetzbuch* – Palandt. 71.ed. München: C. H. Beck, 2012, p. 536.

a inserção da famosa cláusula *lex commissoria*, a qual conferia ao vendedor o direito de desfazer o contrato caso o comprador não lhe pagasse ao termo¹⁰.

Na modernidade, essa convenção generalizou-se como cláusula resolutiva, sendo paradigmático o original artigo 1.184 do Código Civil francês de 1804 (“a condição resolutiva é sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos”¹¹). Tal evolução é devida ao Direito Canônico: os canonistas dedicaram-se intensamente ao liame causal que une as obrigações em um contrato, estudaram o sinalagma e, dessa categoria, deduziram a regra geral de que o contratante que não cumpre sua palavra perde o direito de exigir a palavra empenhada pelo outro¹²: *frangenti fidem non est fides servanda*¹³.

A exceção de contrato não cumprido surgiu da mesma generalização teórico-dogmática que fundamentou a resolução¹⁴ e compõe, assim, uma parte importante da teoria do contrato, tal como formulada desde a Idade Média.

É um remédio contratual, espécie de direito subjetivo, que também tem função de autotutela ou autodefesa contratual¹⁵. Entretanto, os requisitos de seu exercício e os efeitos de sua incidência nem sempre são claros, especialmente na contemporânea fase do direito contratual, na qual se debate intensamente a relação entre princípios clássicos e princípios modernos¹⁶.

Diante dessas dificuldades, o estudo da figura exige que se compreenda o seu âmbito de incidência, isto é, o contrato bilateral e o sinalagma, observando-se que essas classificações e elementos contratuais, embora tradicionais, permanecem áridos e de difícil enfrentamento. Por outro lado, a ideia atual de que o sinalagma expandiu-se abrigoando novos deveres¹⁷, impacta a operatividade da exceção de contrato não cumprido e justifica seu estudo cuidadoso.

¹⁰ WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil: Les obligations*. 4.ed. Paris: Dalloz, 1986, p. 499.

¹¹ “Art. 1.184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances”.

¹² WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil...* p. 500.

¹³ WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil...* p. 500.

¹⁴ WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil...* p. 500.

¹⁵ Cf. BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi «criptorisolutori» e «costituzionalmente orientati». In: CONSOLO, Claudio et. al. *La risoluzione per inadempimento poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna: Il Mulino, 2018.

¹⁶ Na doutrina brasileira, por todos, GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido*. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 151 e ss.

Por fim, a utilidade prática da suspensão da própria prestação em face do incumprimento alheio levou o instituto a ser exportado do Direito Civil para outros campos, como para o Direito Administrativo, onde é de singular relevância nos contratos administrativos, para a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro das contratações públicas.

A exceção de contrato não cumprido e alguns dos problemas mais salientes surgidos de sua aplicação no Direito Civil brasileiro constituem, pois, o tema desta tese que, contudo, compreende a figura a partir de sua função de autotutela ou autodefesa contratual, para propor um âmbito de incidência mais restritivo.

O tema não foi largamente explorado no Brasil, sendo objeto de uma monografia clássica de Miguel Maria de Serpa Lopes de 1959. Entretanto, a partir do estudo da exceção de contrato não cumprido em algumas teses mais contemporâneas, como a de Ricardo Dal Pizzol, acredita-se ser possível fazer alguns recortes e tratar o instituto de maneira mais específica quanto a certas peculiaridades de aplicação, contribuindo para o enriquecimento do tema. Além disso, como ensina Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi, pode-se chegar não apenas a resultados diferentes em uma tese, mas a resultados iguais por caminhos diferentes, residindo nisso sua originalidade (a qual, em Direito, nunca é completa)¹⁸.

O caminho adotado neste trabalho, em apertada síntese, abrange (1) um estudo da exceção de contrato não cumprido a partir de sua função de autotutela contratual mas, centrando-se nos requisitos expostos no Código Civil brasileiro, para propor uma interpretação mais restritiva de sua incidência em relação aos deveres derivados do princípio da boa-fé; (2) uma breve observação do comportamento da mesma figura no Direito Administrativo, notadamente nos contratos administrativos, no intuito de fortalecer a interpretação restritiva proposta para os contratos civis.

1.2. Justificativa

A justificativa da tese está no grande interesse teórico e prático suscitado pelos remédios contratuais de um modo geral. Trata-se de tema central do Direito das Obrigações para o qual convergem atenções abundantes da doutrina, jurisprudência e legislação. Basta ver

¹⁸ MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *Guia de metodologia jurídica: Teses, Monografias e Artigos*. 3.ed. revista e atualizada. São Paulo: YK, 2017, pp. 38-39.

o exemplo alemão: depois de um século de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial férteis, o legislador acolheu uma série de mudanças com a Lei de Modernização do Direito das Obrigações de 2001-2002. Mais recentemente, em 2016, também houve na França reforma do direito dos contratos e da responsabilidade civil.

No Brasil, a legislação relativa aos contratos civis conta com dispositivos muito genéricos, formando um sistema demasiadamente aberto, com regras generalíssimas¹⁹, tanto no domínio da responsabilidade contratual como da aquiliana: o art. 389, prescrevendo o inadimplemento das obrigações e o art. 475, abrangendo as sanções pelo descumprimento contratual (resolução ou execução forçada).

Assim, o sistema poderia ser mais preciso para se espantar as dúvidas que existem sobre o descumprimento das obrigações em geral, bem como dos contratos em específico. Na doutrina brasileira, a generalidade do Direito Obrigacional positivado parece não ser suficiente para a solução de alguns de seus problemas, o que conduziu doutrina e jurisprudência a uma busca e a uma confiança exacerbadas em soluções advindas de princípios (a “principiologia”, como advertido por Otavio Luiz Rodrigues Jr.²⁰).

Mesmo que se reconheça que o Código Civil brasileiro mereça reforma quanto ao Direito das Obrigações, é preciso prudência nessa atitude, a fim de se evitar que alterações legislativas pouco contribuam para a segurança jurídica. É forçoso notar que o Código Civil já passou por muitas mudanças recentes e que não necessariamente cumpriram com o que delas se esperava: o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6.6.2015), a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20.9.2019, que em vários pontos aumentou a vagueza de disposições do Código Civil), dentre outras.

¹⁹ Como constata STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

²⁰ “Há ainda o problema da ‘principiologia’ e a proliferação de princípios, como tem denunciado Lênio Luiz Streck como o fenômeno do ‘panprincipiologismo’, de molde a facilitar o abandono de certos parâmetros de segurança e de certeza jurídica por uma discricionariedade judicial abusiva” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. In: MIRANDA, Jorge (diretor). *O Direito*. n. 143, v. II, pp. 43-66. Coimbra: Almedina, 2011, p. 61). Lênio Luiz STRECK assim alude ao fenômeno do panprincipiologismo: “Com efeito, venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade” (STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Consultor Jurídico*, 22 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso: 29 dez. 2022).

Desse modo, acredita-se na necessidade de que, primeiro, a doutrina discuta os institutos contratuais de maneira rigorosa, aperfeiçoando seus usos para que, depois, sejam incorporados pelo legislador.

Essa justificativa teórica permite compreender melhor a proposta desta tese. Com efeito, a sugestão de uma interpretação mais restritiva da exceção de contrato não cumprido, como aqui postulada, nada tem de contraditória em relação ao sistema de inadimplemento tal qual positivado no Código Civil, ou como pensado pela doutrina.

Justamente por haver no sistema brasileiro cláusulas gerais (como a da boa-fé), bem como muitas propostas de integração dos chamados *deveres laterais*²¹ ao *inadimplemento resolutório*²², reputa-se ser importante refletir sobre institutos específicos – como a exceção de contrato não cumprido - de modo menos extenso. Em outros termos, se já existe muita generalidade no sistema contratual, é interessante propor maior comedimento para a incidência de algumas figuras, no intuito de fortalecê-las.

Vive-se um momento, além disso, em que a boa-fé vem se despidendo aos poucos da vestimenta de generalidade para assumir critérios de aplicação. Ainda há insuficiências no sistema, como as consequências exatas da autonomização dos deveres laterais, mas acredita-se que nem sempre o incumprimento dos deveres laterais deva ser resolutório: nesse ponto, seria interessante atribuir consequências especiais para tais incumprimentos, inclusive com função repressiva.

²¹ Não há uniformidade na nomenclatura adotada pelos doutrinadores quanto aos *deveres obrigacionais*, a começar pela classificação binária entre *deveres de prestação* e *deveres de proteção* (terminologia consagrada pelos primeiros doutrinadores alemães que trataram o tema). Judith Martins-Costa os classifica em *deveres de prestação* (i.1) primários (principais) e (i.2) secundários (acidentais), esses últimos se subdividindo em (i.2.a) deveres de prestação secundários meramente acessórios e (i.2.b) deveres de prestação secundários com prestação autônoma; (ii) os *deveres anexos* (instrumentais); e (iii) os *deveres de proteção* (cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 239-241). Clóvis do Couto e Silva divide os deveres obrigacionais em deveres principais e deveres secundários (*Nebenpflichten*), reclassificando os deveres secundários em deveres de indicação e esclarecimento; deveres de cooperação e auxílio; deveres independentes e dependentes (a depender de sua suscetibilidade para terem ou não “vida própria”) e deveres do credor (Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pp. 91-96). Fernando Noronha denomina-os deveres principais (ou primários), deveres secundários (ou acessórios) e deveres fiduciários (ou anexos, laterais, e meros deveres de conduta) (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98). Nessa tese utilizar-se-ão os termos *deveres de prestação* (para se referir aos deveres primários ou secundários, conforme classificação de Judith Martins-Costa) e *deveres laterais* (para se referir, indistintamente, aos deveres anexos e de proteção, conforme classificação de Judith Martins-Costa).

²² É essa, afinal, a proposta de Renata Steiner, depois de estudar minuciosamente a violação positiva do contrato, cf. STEINER, Renata. C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Em face dessa discussão que se aprofunda, em relação aos excessos da boa-fé, a proposta deste trabalho é a de “isolar” a exceção de contrato não cumprido evitando sua interação com esse *quase subsistema* dos deveres laterais de conduta, que se formou na tradição de *civil law* e que, no Brasil, terminou por associar-se em excesso com uma visão solidarista de contrato, muitas vezes desligada da realidade econômica de boa parte das contratações.

Por fim, acede à justificativa desta tese a constatação de ser um momento oportuno no Direito brasileiro para se salientar a função de autotutela ou autodefesa contratual da exceção de contrato não cumprido, entendida como meio de garantir a execução regular do contrato e pressionar a outra parte a cumprir sua prestação.

João Calvão da Silva, em clássica monografia sobre o cumprimento contratual e a sanção pecuniária, procura agrupar diversos institutos jurídicos cuja função é no seu entendimento, primordialmente, pressionar o devedor ao cumprimento. Trata-se do “constrangimento privado”²³, revelado em figuras como “a cláusula penal, o sinal, a cláusula resolutiva expressa, o direito de retenção e a *exceptio non adimpleti contractus* (...)”²⁴.

Esses meios de “coação defensiva”²⁵ ou justiça privada²⁶ merecem estudo da civilística justamente no momento em que tanto se discutem os meios coercitivos no Direito Processual Civil brasileiro. Atualmente, está muito em evidência o problema das “medidas coercitivas” aplicadas no processo civil, a partir do chamado “poder geral de efetivação” do juiz (art. 139, IV, do CPC²⁷), a exemplo daqueles mobilizados em sede executiva como a apreensão de passaporte e de Carteira Nacional de Habilitação; o cancelamento de cartões de crédito²⁸.

²³ CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... p. 243.

²⁴ CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... p. 243.

²⁵ CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... p. 244.

²⁶ WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil*... p. 491.

²⁷ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

²⁸ “Assim, como ocorre, por exemplo, nas situações nas quais se viabiliza a desconsideração da personalidade jurídica, tenho sustentado, após a devida reflexão, que tais medidas excepcionais procedem, desde que se possibilite ao obrigado o contraditório, facultando-lhe justificar as razões do descumprimento da sentença. E isso tudo, não apenas em homenagem ao *due process of law*, mas também em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da regra da menor onerosidade, agora repetida no artigo 805 do Código de Processo Civil” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípios da legalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 27 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso: 31 dez. 2022).

1.3. A sede teórica e histórica da exceção de contrato não cumprido. Desafios

O Capítulo 1 dessa tese pretende delimitar a natureza jurídica da exceção de contrato não cumprido. O fará a partir das *exceções* especificamente, das *exceções substanciais*.

As exceções são sempre um tema de grande interesse dogmático, mas cuja problemática não deixa de ser ressaltada pela doutrina²⁹. Em particular em relação à exceção de contrato não cumprido, as dificuldades já são pressentidas a partir do próprio *nomen iuris*, que remete a um mecanismo de defesa acionado quando uma demanda resolutória já está instalada.

Assim, sem deixar de trilhar as compreensões doutrinárias tradicionais sobre a natureza jurídica das exceções substanciais, se buscará ressaltar uma outra característica da exceção de contrato não cumprido: sua função de autotutela ou autodefesa contratual, exercida extrajudicialmente pelo devedor-excipiente.

Por ora, basta dizer que a exceção de contrato não cumprido é comumente compreendida como “uma situação *estruturalmente recíproca*, que contrapõe um contradireito (do devedor-excipiente) a um direito subjetivo (do credor-excepto), obrigando o exame conjugado dessas duas posições ativas (...)”³⁰.

Propende-se negar a natureza de direito potestativo da exceção de contrato não cumprido, embora vozes recentes, como a de Chris Thomale, defendam esse caráter³¹, na esteira do que outros respeitáveis autores afirmavam, como Giuseppe Chiovenda³². Assim, há concordância quanto a ser direito subjetivo; mas não há muito enfoque doutrinário sobre qual das expressões do direito subjetivo especificamente se enquadra a exceção de contrato não cumprido, recordando-se a clássica lição de Wesley Newcomb Hohfeld³³ (bastante divulgada, nas últimas décadas no Brasil, por influência de doutrinadores como Alcides Tomasetti Jr.).

²⁹ Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino (orgs.). *Prescrição e decadência*: Estudos em homenagem ao Professor Agnelo Amorim Filho. Salvador: MIRANDA, Daniel Gomes. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 411-422.

³⁰ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido*. Indaiatuba, SP: Foco, 2022, p. 245.

³¹ THOMALE, Chris. Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 212, pp. 920-970, dez. 2012.

³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. 1, 2.ed. (ristampa). Napoli: Jovene, 1960, p. 292.

³³ “One of the greatest hindrances to the clear understanding, the incisive statement, and the true solution of legal problems frequently arises from the express or tacit assumption that all legal relations may be reduced to ‘rights’ and ‘duties’, and that these latter categories are therefore adequate for the purpose of analyzing even the most

Para Pablo Moreno Cruz, apoiando-se na terminologia Wesley Newcomb Hohfeld (autor bastante divulgado nas últimas décadas no Brasil, por influência de doutrinadores como Alcides Tomasetti Jr.), diz ser a exceção de contrato não cumprido um direito subjetivo configurado como *imunidade*. É que, conforme esse autor, a situação é de “não sujeição ao poder de um outro sujeito”³⁴, já que o credor não pode impor ao devedor o cumprimento, se também não cumpriu o seu. Acredita-se que essa opinião revela bem o caráter defensivo do instituto que se quer ressaltar.

O Capítulo 2 tratará dos limites de incidência da exceção de contrato não cumprido, aventurando-se nas intrincadas conceituações doutrinárias de contrato bilateral e de sinalagma para fixar um suporte fático que se reputa adequado para o art. 476 do Código Civil³⁵, sede da exceção de contrato não cumprido, sem deixar de analisar outras manifestações do instituto, como nos contratos bilaterais imperfeitos e nos contratos coligados.

O Capítulo 3 será dedicado à historicidade do instituto, investigando-o desde o Direito Romano até as modernas codificações e a previsão do instituto nos diplomas de uniformização do direito internacional.

Opta-se pela abordagem histórica do instituto em Capítulo não inicial, o que não é comum nas obras de Direito que se dedicam a um determinado instituto. A escolha se fez em sintonia com a construção do raciocínio dessa tese. Ao se deparar com dificuldades na identificação da natureza jurídica da exceção substancial e na depuração de seu conceito, expurgando-o de elementos processuais, foi preciso socorrer-se do Direito Romano para se compreender que a exceção de contrato não cumprido estava presente na mentalidade daquela civilização, apesar de não ter sido por ela sistematizada.

complex legal interests, such as trusts, options, escrows, ‘future’ interests, corporate interests, etc. Even if the difficulty related merely to inadequacy and ambiguity of terminology, its seriousness would nevertheless be worthy of definite recognition and persistent effort toward improvement; for in any closely reasoned problem, whether legal or non-legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression” (HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, v. 23, n. 1, pp. 16-59, nov. 1913. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol23/iss1/4>. Acesso: 31 dez. 2022).

³⁴ MORENO CRUZ, Pablo. “La ‘brutta’, la ‘buona’ e la ‘cattiva’ eccezione di inadempimento. A proposito dei limiti dell’exceptio inadimpleti contractus”. *Le Nuove Leggi Civili Commentate*. n.4, ano XXX, pp. 215-228, abr. 2014, p. 216.

³⁵ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

O sistema jurídico romano, de base processual, “assentava não no reconhecimento abstracto de posições subjetivas, mas na atribuição concreta de acções”³⁶. O direito se confundia com a possibilidade de postular e de responder a uma postulação em juízo³⁷.

As *exceptiones* romanas – tronco ao qual intuitivamente os juristas remetem a *exceptio non adimpleti contractus* – eram figuras do processo formular do período clássico do Direito Romano e desempenhavam posição de defesa processual. Eram aditamentos à *formula* que ocorriam, como explica Gaio, em razão da variedade dos negócios que, na época, chegavam a juízo³⁸. Nas *Institutas* de Gaio – uma das fontes mais relevantes para conhecer o processo civil Romano³⁹ – há uma explicação para elas⁴⁰: foram estabelecidas para que os devedores se defendessem, uma vez que “de fato, muitas vezes acontece que alguém esteja obrigado pelo *ius civile*, mas seja injusto condená-lo em juízo”⁴¹, explicando Gaio sobre como as *exceptiones* eram redigidas na *fórmula*⁴².

A partir de então se compreendeu os Capítulos iniciais e pode se avançar para os Capítulos posteriores, inclusive sobre a evolução histórica da própria figura.

³⁶ MENEZES CORDEIRO, António. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*, 4ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2011, p. 734, p. 71.

³⁷ Diz Pontes de Miranda que “no direito romano, permaneceu indescoberta a distinção entre o processo e o direito material; portanto entre as duas classes de exceções (...). A distinção foi sendo feita pelos Glosadores, que separaram exceções dilatórias da solução (de direito material, portanto) e exceções *declinatoriae fori seu iudicci* (de direito processual) (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, atual. Por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, t. 6, p. 63).

³⁸ Gai 4, 129: “Quarum omnium adiectionum usum interdum etiam ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introduxit”.

³⁹ Cf. MARTINS RODRIGUES, Dárcio. *Institutas de Gaio = Gai institutionum commentarii IV*. 2.ed. São Paulo: YK, 2021, p. 17.

⁴⁰ Gai 4, 115 (“Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus”) e seguintes.

⁴¹ Gai 4, 116. “Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. Velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est. Dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. Item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli”.

⁴² Gai 4, 119: “Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur: nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT; item si dicat ut contra pactionem pecuniam peti, ita concipitur exceptio: SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR; et denique in ceteris causis similiter concipi solet, ideo scilicet quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum fuerit.”

1.4. A exceção de contrato não cumprido no sistema brasileiro do adimplemento-inadimplemento

O Capítulo 4 perpassa o sistema brasileiro codificado do adimplemento-inadimplemento das obrigações, onde a exceção de contrato não cumprido figura em Capítulo do Código Civil dedicado à extinção dos contratos (art. 476 do Código Civil), logo após o art. 475 que trata da resolução⁴³. É seguida do art. 477 (exceção de insegurança⁴⁴, que se verá nesta tese a título de aproximação com a exceção de contrato não cumprido); e dos arts. 478⁴⁵ e 479⁴⁶, que tratam da onerosidade excessiva.

Essa topografia é curiosa e mostra que muitos institutos merecem estudo mais detalhado justamente quando sua inserção na geografia da legislação não se adequa à sua natureza e função. Acredita-se ser o caso da exceção de contrato não cumprido. O legislador optou por tratá-la junto da extinção dos contratos quando, conforme se acredita, o remédio contratual em questão volta-se primordialmente à preservação daqueles, afigurando-se como mecanismo de autodefesa cuja função primeira é salvar o pactuado, reordenando o equilíbrio contratual.

Por outro lado, nos últimos tempos no Brasil, o sistema de adimplemento-inadimplemento tem sido permeado por um excesso no uso de princípios. Perturbações contratuais que poderiam ser resolvidas com recurso a regras do ordenamento são estudadas sob o prisma principiológico, especialmente da boa-fé, levando a um desvirtuamento do princípio, que fica banalizado.

Acredita-se que isso ocorre, em muito, por conta da vagueza e generalidade das regras relativas às crises do contrato. Mas o principal fator está na doutrina, que foi aceitando, ao longo da segunda metade do século XX, muitas teorias estrangeiras, que foram por aqui assumidas e incorporadas sem maiores reflexões (como a teoria da violação positiva do contrato e, mais

⁴³ “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”.

⁴⁴ “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”.

⁴⁵ “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”.

⁴⁶ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

recentemente, o inadimplemento antecipado do contrato). A boa-fé objetiva tornou-se panaceia para todas as crises do contrato, e somente agora vive-se o momento de crítica aos seus abusos⁴⁷.

Esta tese tem o objetivo de oferecer, quanto a esse problema, e sem pretensões revolucionárias, uma visão um pouco mais restritiva da incidência da exceção de contrato não cumprido, que se limite aos deveres de prestação das partes e não aos deveres laterais, justamente para que não incorra na vagueza e generalidade nas quais incorrem as mencionadas teorias, que pretendem solucionar crises contratuais sem respaldo legislativo e a partir do princípio da boa-fé.

Por outro lado, a proposta de interpretação restritiva do instituto neste trabalho é feita justamente porque se focaliza o remédio na sua característica de autotutela ou autodefesa contratual que, para ser preservado e cumprir a função de autocomposição das partes, não pode ser opção aleatória.

Afinal, acredita-se que da boa-fé deriva, como primeiro dever, *o dever de cumprir a palavra empenhada*⁴⁸. Um solidarismo excessivo na interpretação dos contratos e na formulação das teorias pode retirar a responsabilidade dos agentes, desarranjando o ambiente negocial.

Talvez isso não seja tão claro quando se utilizam exemplos de contratos muito singelos entre pessoas físicas (“A vende um carro a B”). Mas deve-se recordar que cabe à civilística oferecer as ferramentas teóricas usadas pelos comercialistas, pelos administrativistas e pela doutrina de modo geral.

Os contratos se reconduzem à teoria geral que é formulada no “direito comum”. Conforme foram se verificando os exageros na aplicação da boa-fé objetiva, das cláusulas gerais, dos princípios e, no limite, defendendo-se a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, os empresarialistas e os administrativistas foram, de certo modo, se afastando dos civilistas e procurando construir seus próprios arcabouços teóricos. Acredita-se que o Direito Civil, caso não se desvirtue de sua vertente mais tradicional, contudo, ofereça as respostas necessárias, com os ajustes que sempre se verificaram em sua história.

Para os desequilíbrios entre as partes contratantes já existem ferramentas de correção, e basta pensar no hoje vasto domínio do direito do consumidor, altamente protetivo. Mas, ao

⁴⁷ Tratando dos problemas da recepção dessas teorias no Brasil: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Forense Universitária, 2019. Edição *Kindle*.

⁴⁸ Cf. WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil: Les obligations*. 4.ed. Paris: Dalloz, 1986.

refletir sobre os contratos paritários, os civilistas devem compreender que estão a fornecer bases para grandes operações: transações empresariais, contratos administrativos, contratos regulados, dentre outros.

1.5. A exceção de contrato não cumprido nos contratos administrativos

O Capítulo 5 desta propõe um breve exame da exceção de contrato nos contratos administrativos. A recente Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133, de 1.4.2021) manteve, com algumas modificações, a anterior legislação, que já acolhia a figura com esse mesmo nomen iuris identificado pela doutrina, apesar de não haver essa denominação na lei.

Verificou-se que nos contratos administrativos o instituto apresenta-se de forma mais transparente que no Direito Civil, como um remédio de seu equilíbrio, com critérios certos e determinados: pode o contratado optar pela suspensão da execução do contrato ao invés de requerer sua resolução caso a Administração Pública suspenda a execução do contrato por prazo superior a 3 (três) meses; ou ocorrerem repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis; ou atrasar por mais de 2 (dois) meses os pagamentos ou parcelas de pagamentos devidos, contados da emissão da nota fiscal.

Naquelas hipóteses legais o contratado não precisa se autoimpor sacrifícios financeiros extenuantes, que podem levá-lo à ruína econômica em prol de princípios administrativos como o da supremacia do interesse público sobre o particular e outros, cuja leitura se atualizou juntamente com os esforços de se modernizar o funcionamento e das estruturas estatais.

A configuração que a exceção de contrato não cumprido assume no Direito Administrativo auxilia, pois, na construção interpretativa restritiva que se lhe quer emprestar na presente tese, para o Direito Civil, uma vez que lá não se cogita da utilização do instituto para além das prescrições legais e, tampouco, sobre deveres derivados da boa-fé.

Diante da magnitude (em regra) dos contratos administrativos, do interesse público envolvido e de princípios que regulam o comportamento da Administração Pública com menor elasticidade, acredita-se ser um campo privilegiado de observação da exceção de contrato não cumprido, que poderá ser útil para o Direito Civil.

2. OPÇÕES TERMINOLÓGICAS

Opta-se, nesta tese, por referir ao instituto em latim - *exceptio non adimpleti contractus* – por vezes utilizando-se a abreviação “*enac*”, como se vê em trabalhos monográficos consagrados⁴⁹. O faz por dois motivos.

O primeiro é que, embora a denominação da figura “exceção de contrato não cumprido” seja a que consta na legislação, ela não é capaz de identificar que o incumprimento contratual ainda pode ser revertido diante do exercício de autodefesa pelo devedor, muito embora o termo *exceptio non adimpleti contractus* seja a tradução da expressão latina para o vernáculo.

O segundo motivo é a preservação histórica da expressão latina “*exceptio non adimpleti contractus*”. Em geral, nos países da família romano-germânica que admitem o instituto, seu *nomen iuris* no respectivo vernáculo é a exata tradução do latim. Faz mais sentido, assim, especialmente considerando a raiz comum e a tendência à harmonização comparatística que pode enriquecer o Direito Civil, e especialmente o Direito das Obrigações, preservar as expressões em latim onde isso for possível, a exemplo de trabalhos acadêmicos como o caso presente.

3. METODOLOGIA

3.1. Metodologia da pesquisa

A presente tese segue as orientações formuladas por Eduardo Silveira Marchi em seu “Guia de Metodologia Jurídica”⁵⁰, tanto no que diz respeito à seleção e preparação do material de leitura e fichamentos, quanto às questões formais e de estilo.

Também serviu de orientação para o desenvolvimento da tese a explicação do autor de que é legítimo que um trabalho científico chegue às mesmas respostas já consagradas, mas por caminhos diversos, ou que saliente aspectos de um tema que não foram suficientemente explorados em outros trabalhos⁵¹.

⁴⁹ MASNATTA, Hector. *Excepcion de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1967, p. 10.

⁵⁰ MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *Guia de metodologia jurídica...*

⁵¹ MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *Guia de metodologia jurídica...* pp. 38-39.

Logo, não há pretensão, nesta tese, de oferecer soluções completamente inovadoras no nível teórico da *exceptio non adimpleti contractus*.

Ao contrário, o propósito deste trabalho é, sobretudo, apresentar aspectos do instituto que se considera relevantes, aproveitando-se dos trabalhos mais recentes sobre o tema, com os quais se pretende um diálogo respeitoso.

3.2. Citações e Fontes

O trabalho é composto de expressivas notas de rodapé, para as quais transferiu-se aspectos laterais do tema que, embora importantes, não mereceram abrigo no texto alto. Com isso, buscou-se deixar mais claro e conciso o corpo da tese, buscando enfatizar apenas o recorte temático selecionado.

O modelo de citação adotado, por sua vez, é o estabelecido pelas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

As fontes principais são os trabalhos dogmáticos sobre a *exceptio non adimpleti contractus*, em especial recentes teses com as quais procura-se um debate respeitoso.

Para o Capítulo 2, que traça o histórico da *exceptio non adimpleti contractus*, utilizou-se o seguinte método (de acordo com a metodologia apresentada por Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi): partiu-se de fontes secundárias (a exemplo de obras de romanistas como Mario Talamanca e Vincenzo Arangio-Ruiz), assim como os escritos de civilistas sobre o tema.

Com isso, chegou-se às fontes romanas primárias cuja consulta foi feita nas traduções disponíveis em português, a saber:

- Digesto do Imperador Justiniano (Livros 1 a 19): tradução do Conselheiro Vasconcellos⁵².
- Digesto do Imperador Justiniano (Livros 20 a 50): tradução de R. T. Mommsen e R. P. Krueger, disponibilizada pela Université Grenoble⁵³.

⁵² *Digesto ou pandectas do imperador Justiniano*. Tradução: Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos. Tradução complementar: Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes, Dárcio Roberto Martins Rodrigues e Hécio M. França Madeira. São Paulo: YK, v. I (2017), v. II (2017) e v. III (2018).

⁵³ *Iustiniani Digesta*. Tradução: R. T. Mommsen e R. p. Krueger. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>. Acesso: 31 dez. 2022.

- *Institutas de Gaio*: tradução Dárcio Roberto Martins Rodrigues⁵⁴.
- *Institutas de Justiniano*: tradução Bernardo B. Queiroz de Moraes⁵⁵.

⁵⁴ MARTINS RODRIGUES, Dárcio Roberto. *Institutas de Gaio* = Gai institutionum commentarii IV. 2.ed. São Paulo: YK, 2021.

⁵⁵ MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Institutas de Justiniano*: primeiros fundamentos de direito romano Justinianeu. 2.ed. Revista. São Paulo: YK, 2021.

CAPÍTULO 1: NATUREZA JURÍDICA DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS. FUNÇÃO DE AUTODEFESA CONTRATUAL DA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

1. AS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS NA DOUTRINA CLÁSSICA

1.1. Exceções substanciais: as verdadeiras “exceções”

Discernir a “natureza jurídica” de um instituto é situá-lo “no esquema global do ordenamento”⁵⁶. Não se trata de tarefa de pouca importância, nem de mero adorno teórico, uma vez que envolve a “correta colocação sistemática de institutos diferentes nas categorias respectivas”⁵⁷, permitindo não apenas delimitar o conjunto de normas incidentes⁵⁸, mas também perceber características “a partir da classificação de um determinado conceito, por semelhança ou distinção, com relação a outros institutos ou conceitos dominados pela doutrina relativa a um dado ordenamento”⁵⁹.

Para se definir a natureza jurídica das exceções substanciais (dentre estas a *exceptio non adimpleti contractus*) é preciso, antes, uma breve incursão pelo gênero “exceção”, que é estudada tanto por doutrinadores do direito material (exceções substanciais ou materiais) quanto do direito processual (exceções processuais)⁶⁰. Esse estudo “compartilhado” tornou ainda mais polissêmica a palavra “exceção” na dogmática jurídica⁶¹, com distintos sentidos técnico-

⁵⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto): onerosidade excessiva em contrato de consórcio: resolução parcial do contrato. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio (coord.). *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

⁵⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. Da exceção no direito comparado. *Revista Jurídica*, ano 3, v.18, n.3, pp. 17-27, nov./dez. 1955. p. 26.

⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 109.

⁵⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações (comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil). In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.

⁶⁰ Miguel Maria de Serpa Lopes afirma que na França, por exemplo, a exceção teve mais atenção dos processualistas do que dos civilistas, ocorrendo fenômeno inverso na Alemanha [Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959]. Adiante, acrescenta o autor: “Antes de POTHIER, no século XVI, esboçou-se uma separação entre a matéria condizente com a *défense de fond*, na qual o réu tinha o direito de combater o mérito demanda e as *exceções*, tendentes a demonstrar que, fundada ou não, a pretensão do autor deixaria de ser recebida, quando lhe faltasse um dos pressupostos, o que os franceses denominaram de *fin de non-recevoir*” (*op. cit.*, p. 84).

⁶¹ “Exceção é palavra polissêmica na dogmática jurídica: possui sentidos pré-processual, processual e substancial” (DIDIER JR., Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. *Revista de Processo*, v. 116, pp. 54-66, jul./ago. 2004, p. 54-66). No mesmo sentido: “Exceção é uma palavra plurissignificativa. Desde o seu sentido genuíno,

jurídicos. Comprova-se a confusão na seguinte definição de exceção de Miguel Maria de Serpa Lopes, com referências de direito material e de direito processual:

Por exceção, em sentido larguíssimo, entendem-se todos os meios de defesa, dos quais o réu se serve para obter a rejeição da demanda. Mas aqui visamos à defesa no sentido substancial. São aquelas exceções qualificadas por CHIOVENDA como um contradireito e precisamente como um direito potestativo e que nós consideramos, porém, como um direito facultativo, sem se desprender da noção de direito subjetivo. Por conseguinte, sob êste ponto de vista, ação e exceção são ambas do mesmo teor; são direitos que se defrontam em nítida contraposição; a exceção acarreta a ineficácia do direito do autor a partir do dia em que teve nascimento⁶².

Em larga medida, a bifurcação conceitual sofrida pela exceção, entre substancial e processual, repousa na leitura que a Pandectística fez da *exceptio* romana⁶³.

Como o Direito Romano não se baseava em posições jurídicas abstratas reconhecidas *a priori* pela autoridade, mas em ações concretamente atribuídas⁶⁴, o que hoje se entende por direito material e por direito subjetivo eram, naquele período, sinônimos das estritas possibilidades de se demandar em juízo. Entre os romanos não havia distinção entre o direito abstrato e a instrumentalização desse direito.

No Direito Romano, conforme se verá mais adiante, as *exceptiones* eram compreendidas como uma classe de defesa do devedor fundada em um direito que não excluía

cunhado no período formular do direito romano, até a atualidade, o termo exceção vem sendo utilizado para designar realidades nem sempre coincidentes, o que, não raras vezes, causa certa confusão” (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Delimitação conceitual de exceção substancial e distinção entre exceções e objeções substanciais, *Revista de Processo*, v. 193, pp. 27-52, mar. 2011). Ainda: “Esse breve panorama introdutório avaliza a ponderação dos estudiosos espanhóis MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR no sentido de que o termo *exceção* ‘acabou por não significar nada, ao pretender significar tudo’” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008, p. 106). Sobre a palavra “exceção” no Código Civil: “No Código Civil, a palavra *exceção*, com o sentido técnico-jurídico e não meramente gramatical, aparece em seis ocasiões: 1) a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão (art. 190); 2) na solidariedade ativa, ‘[o] julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve’ (art. 274); 3) exceção do contrato exceção do contrato não cumprido (arts. 476-477); 4) vedação ao exercício pelo segurador da exceção do contrato não cumprido pelo segurado, quando demandado diretamente pela vítima, ao menos que o segurador promova a citação do segurado para ‘integrar o contraditório’ (parágrafo único do art. 788); 5) exceção do fiador no caso de obrigações nulas, que ‘não abrange o caso de mútuo feito a menor’ (art. 824); 6) “[o] devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação’ (art. 906)” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor. *In*: MIRANDA, Daniel Gomes; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino (orgs.). *Prescrição e decadência: Estudos em homenagem ao Professor Agnelo Amorim Filho*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 411-422, pp. 412-413).

⁶² SERPA LOPES, José Miguel Maria de. *Exceções substanciais...* pp. 83-84.

⁶³ “A exceção de Direito material representa, como se viu, o cristalizar, em termos pandectísticos, da antiga *exceptio* romana; nesse sentido, foi determinante a operação paralela que, da *actio*, conduziu à pretensão” (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*, 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 734).

⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...*, p. 71.

o direito do demandante⁶⁵. Assim, *exceptio* para os romanos é, essencialmente, um *direito* que o devedor poderia opor ao direito de ação do credor.

Esse entendimento aparece em Friedrich Carl von Savigny, para quem, no sentido romano, as exceções expressam um direito independente do devedor, de idêntica natureza ao conteúdo das ações⁶⁶. A despeito de as *exceptiones* serem parte da *formula* do período clássico do Direito Romano, diz Savigny, a redação dessas não era aleatória, mas reproduzia as relações de direito então havidas⁶⁷. Essa compreensão, é confirmada por Renzo Bolaffi:

Diante das primeiras objeções, que foram expressas contra a teoria da *exceptio*, Savigny tentou justificar essa noção. A afirmação por ele realizada, de valor *atual* do conceito de *exceção*, tem o mérito de ter contribuído – com o prestígio do autor – para consolidar essa doutrina contra os ataques dos opositores. Esclarece-se – pela obra de Savigny – a distinção entre a ‘negação da presente existência do direito afirmado pelo autor’ e ‘a contraposição de outro direito, diferente daquele que cabe ao réu, por que o direito do autor, supondo que exista, é impedido em sua eficácia’. Essa segunda categoria de defesas é chamada de exceção. Portanto, a exceção se distingue por dois elementos característicos: a qualidade de *contra-direito* e o resultado de impedir a *eficácia* do direito do autor⁶⁸.

Tendo isso em mente, entende-se Pontes de Miranda quando diz que a “exceção” (*ius exceptionis*) não é o “direito de exceção”, sendo que a primeira precisa ser exercida⁶⁹:

A exceção não é o direito de exceção, como a pretensão e a ação não são o direito a que se ligam. Excepcionar é exercer direito de exceção. Há direito cuja eficácia se estende para além das linhas dentro das quais está a eficácia de outro. A exceção é a possibilidade jurídica de prevalectimento da eficácia de algum outro direito sobre a de outro, ‘encobrando-a’⁷⁰.

⁶⁵ Cf. SAVIGNY, Friedrich von Carl. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução: Jacinto Mesía e Manuel Poley. t. IV, 2.ed., Madrid: Analecta Editorial, s/a, CCXXVI, p. 111. Na obra consultada: “Exceptio designa em derecho romano aquella clase de defensa fundada em un derecho independiente que pertenece al demandado. Se le llama así, porque tine por objeto haver pronunciar la absolucion de la demanda por excepcion, aunque el derecho alegado por el demandante existiera realmente”.

⁶⁶ Cf. SAVIGNY, Friedrich von Carl. *Sistema del derecho romano actual...*, CCXXVII, pp. 117-118. Na obra consultada: “Las exceptiones de esta segunda clase tienen una naturaleza semejante á las obligaciones, de igual manera que las acciones mismas (§250); el demandado pretende que el demandante no haga valer su derecho de acción. El mismo derecho material puede, según las circunstancias, motivar una acción ó uma excepción, sobre cuyo punto existe una regla importante”.

⁶⁷ Cf. SAVIGNY, Friedrich von Carl. *Sistema del derecho romano actual...*, CCXXVII, p. 115. Na obra consultada: “Pero la redacción de las acciones no era el producto del accidente, sino que expresaba la naturaleza íntima de las relaciones de derecho, y esta naturaleza no ha cambiado”.

⁶⁸ BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Milão: Società Editrice Libreria, 1936, p. 89. No original: “L’affermazione, da Lui compiuta, dei valore *attuale* dei concetto di *eccezione* ha il merito di aver contribuito – col prestigio dell’Autore – a consolidare questa dottrina contro gli attacchi degli avversari. Si precisa – per opera di Savigny – la distinzione fra la ‘negazione della presente esistenza del diritto asserito dall’attore’ e ‘la contrapposizione di un altro diritto, diverso da quello spettante al convenuto, per cui il diritto dell’attore, supposto che esista, viene impedito nella sua eficácia’. A questa seconda categoria di difese spetta il nome di *eccezioni*”.

⁶⁹ “A exceção precisa ser exercida. Não há exceção que, sem o exercitar-se, opere. Mesmo porque uma coisa é o direito de excepcionar (*ius exceptionis*); e outra, a atividade exceptiva, que é a exceção PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. (*Tratado de direito privado...*t. 6, p. 81).

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...* t. 6, p. 65.

O *exercício da exceção* é, pois, fenômeno distinto do *direito de exceção*. Este, quando transposto para o processo (quando exercido), torna-se “*res in iudicium deducta*; inconfundível, pois, com o direito ou a pretensão à tutela jurídica”⁷¹. Desse modo, se “há de ser postulada na defesa, ou em reconvenção, ou em incidente processual, isso é assunto de direito processual”⁷².

A distinção feita por Pontes de Miranda é muito relevante. Ajuda a extremar direito e exercício, com isso auxiliando a superação de possíveis confusões entre a manifestação processual da exceção e o que se pode chamar de “verdadeiras exceções”.

Segundo Hélio Tornaghi, as “verdadeiras exceções” são as exceções substanciais que, por sua vez, “são razões do devedor (*lato sensu*) que se contrapõem às razões do credor (*lato sensu*). À pretensão dêste opõe aquele a própria pretensão”⁷³. Para esse autor, as exceções processuais sequer deveriam continuar sendo assim denominadas⁷⁴.

Acredita-se estar correto esse entendimento. Pense-se na prescrição, que é uma exceção substancial. O seu exercício, sua dedução em juízo, jamais se confunde com a sua natureza substantiva. A mesma conclusão se aplica às demais exceções substanciais. Mas, considerada a substantividade dessas exceções, qual exatamente sua natureza?

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*...t. 6, p. 63.

⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*...t. 6, p. 63.

⁷³ TORNAGHI, Hélio Bastos. Da exceção no direito comparado... p.26. No mesmo sentido: “A relação que se deve fazer entre a exceção em sentido processual e a exceção em sentido material é a mesma que se faz entre a ação processual de hoje e a *actio* romana: a partir do momento em que o direito material foi desvinculado do processo, não mais se justifica baralhar os conceitos, embora institutos distintos tenham o mesmo nome. Cabe à legislação civil o tratamento das exceções substanciais; a legislação processual, por sua vez, cuida da normatização do exercício do direito de defesa, incluindo aí exceções de cunho eminentemente processual (o que reforça a autonomia entre o processo e o direito material), como é o caso da incompetência do juízo” (DIDIER JR., Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções...).

⁷⁴ Existe ainda uma outra controvérsia em relação aos conceitos de *exceção* e *objeção*, afirmando Otavio Luiz Rodrigues Jr. que a disputa reside se aqueles termos são “simétricos” ou são “autônomos”. Para esse autor, a “*objeção* corresponderia à negação do direito, enquanto a *exceção* seria uma contraposição de direito” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Exceções no direito civil... p. 416). Também Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para quem as objeções seriam defesas diretas, por se voltarem contra o próprio direito invocado pelo autor na petição inicial, enquanto as exceções seriam defesas indiretas, na medida em que, por meio delas, o réu atacaria apenas a eficácia do direito do autor, mediante fatos novos, de caráter impeditivo, modificativo ou extintivo (cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2.ed., 2.tir., Rio de Janeiro: Aide, 2004, pp. 171-172). Por fim, Pontes de Miranda diz que “quem se defende (*de-fendere*) vai contra o que golpeia, o empuxa (*of-fendere*; *fendere* = golpear). Ataque contra ataque: alguém disse, postulou; outrem, que defende, nega. A defesa, dita, também, *objeção*, contraria a projeção do direito, da pretensão, ou da ação, ou da própria exceção. Uma afirma que o direito *é*, ou *foi*, ou *vai ser*; outro, que *não é*, ou *não foi*, ou *não vai ser*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*... t. 6, p. 85).

1.2. As exceções substanciais como direitos subjetivos

Segundo Menezes Cordeiro, a doutrina das exceções substanciais sempre foi pautada por dificuldades conceituais permanentes, em parte devido à falta de clareza na sua consagração pelo Código Civil alemão, que teria dificultado a solidificação de um conceito unitário e impossibilitado a fixação de regras gerais; em parte devido à escassez de estudos doutrinários sobre o tema⁷⁵.

Apesar da advertência do autor, é possível identificar na doutrina privatista certa uniformidade na delimitação da natureza jurídica das “verdadeiras exceções”, ou seja, das exceções substanciais.

Em sentido amplo, as exceções substanciais “são meios de defesa indireta, relativas à pretensão de direito material exercida pelo detentor do direito subjetivo”⁷⁶. A exceção não atinge diretamente o direito, mas apenas o atinge obliquamente, de modo a manter intacta a pretensão⁷⁷.

Assim, na lição de Pontes de Miranda, a exceção é um *contradireito* do devedor, que não investe contra o direito invocado, mas contra a eficácia da pretensão que o demandante apresenta, encobrindo-a, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente⁷⁸. Em outras palavras, exceção não investe contra o direito invocado⁷⁹, mas contra a eficácia da pretensão que se apresenta, paralisando-a.

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 735.

⁷⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações...* p. 90.

⁷⁷ “A exceção substancial, como já o afirmamos, tem, como qualidade própria, a de ser um direito contraposto ao pretendido pelo autor, ou, como querem os partidários do direito potestativo, um contra-direito” (SERPA LOPES, José Miguel Maria de. *Exceções substanciais...* p. 86).

⁷⁸ “A exceção é contradireito, mas apenas encobre outro, ou encobre a pretensão, ou a ação, ou a exceção, a que se opõe. Vista como efeito negativo, é direito à recusa da prestação extrajudicial e judicialmente, ou só judicialmente, porém, se aí confinássemos o conceito, deixaríamos de apontar outro efeito da exceção, que é o de obstar à compensação, o às exceções, ou à justiça de mão própria, quando a lei a permite” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...*t. 6, pp. 64-65). Acrescenta o autor: “A exceção, pois que não elimina no todo, nem em parte, o direito, a pretensão, ou a ação, ou outra exceção, e só lhes atinge a eficácia, para a encobrir, até onde vá a do direito, pretensão, ou ação, de que emana, não torna teoricamente ineficaz o direito, a pretensão, ou a ação, ou exceção, contra que se dirige, - apenas os torna *praticamente* ineficazes, porque, encoberta, a sua eficácia não pode *contra-ocorrer*, temporal ou definitivamente. Essa noção técnica de encobrimento evita negação do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, e da própria eficácia deles. A exceção não nega, sequer, a eficácia do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção do excetuado, - só a *encobre*” (*op. cit.* p. 66).

⁷⁹ “Pelo contrário, como defesa indireta, o manejo das exceções substanciais, ao contrário de negar a existência da posição jurídica contra a qual é oposta, supõe-na” (PRADO, Augusto César Lukascheck. *Exceções no direito civil: contribuições para uma sistematização*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 170).

O entendimento de Pontes de Miranda congrega, na essência, o pensamento da majoritária doutrina sobre a natureza jurídica da exceção, a exemplo de Bernhard Windscheid⁸⁰, Ludwig Enneccerus⁸¹, Karl Larenz⁸² e António Menezes Cordeiro⁸³.

Por “contradireito” a grande maioria dos doutrinadores entende uma das manifestações do direito subjetivo.

Há, contudo, entendimentos que, sem afastar-se da ideia básica de que a exceção é direito subjetivo, anotam algumas nuances. Para Serpa Lopes, a exceção encerra um direito facultativo. Vale dizer: um direito subjetivo facultativo⁸⁴. Para José María Gastaldi e Esteban Centanaro, a exceção seria uma faculdade, um direito potestativo⁸⁵, como para Giuseppe Chiovenda⁸⁶ e Orlando Gomes⁸⁷.

Entretanto, essa posição é contestada pela maior parte da doutrina, uma vez que, no direito potestativo, tem-se um estado de total de passividade da outra parte, o que não ocorre nas exceções substanciais, onde o demandante dispõe de “meios, muitas vezes, para colocar fim à eficácia paralisante das exceções dilatórias”⁸⁸. Não estaria, pois, aquele contra quem se dirige a exceção, em estado de total passividade perante o outro, podendo colocar fim à eficácia de “encobrimento” da exceção substancial. Não seria, pois, correto falar em exceção como direito potestativo.

⁸⁰ “Ad una ragione può star di contro una eccezione. Ciò vuol dire: una ragione è invero fondata, esistono tutti i fatti dal diritto richiesti perchè essa sorga, non esiste alcun fato al quale il diritto anetta la sua estinzione; ma una circostanza che le sta di contro fa sì, che l’obbligato possa respingerla ed opporsi alla sua attuazione; la ragione è paralizzata da questa circostanza” (WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Tradução ao italiano: Carlo Fadda; Paolo Emilio Bensa, v.1. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, pp. 135-136).

⁸¹ “La *exceptio non adimpleti contractus* es propriamente una excepción en el sentido del C. c., o sea un *contraderecho* del obligado que hace ineficaz la pretensión del acreedor, pretensión que se fundamenta por sí sola. No obstante, el *demandado no tiene que probar su derecho de excepción*, ya que le *nacimiento* del mismo resulta automáticamente del contrato bilateral alegado por el demandante” (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II, v. I. Tradução ao espanhol: Blas Pérez González e José Alguer. Buenos Aires: Bosch, 1948, p. 168).

⁸² “El Código entiende por excepción un «contraderecho» dirigido principalmente contra las pretensiones, y caracteriza este contraderecho, en general, como un derecho a negar la prestación debida o el cumplimiento de la obligación o la satisfacción del acreedor” (LARANZ, Karl. *Derecho civil*. Parte general. Tradução ao espanhol: Miguel Izquierdo e Macías-Picavea, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 321).

⁸³ “Em traços largos, as exceções de Direito material sistematizam-se como segue. Definidas como ‘contradireitos’ que permitem recusar uma pretensão, as exceções repartir-se-iam em fortes e fracas, consoante os efeitos (...)” (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 735).

⁸⁴ Cf. SERPA LOPES, José Miguel Maria de. *Exceções substanciais...* p. 73.

⁸⁵ GASTALDI, José María; CENTANARO, Esteban. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 14.

⁸⁶ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. 1, 2.ed. (ristampa). Napoli: Jovene, 1960, p. 292.

⁸⁷ GOMES, Orlando. *Contratos...* p. 92.

⁸⁸ PIZZOL, Ricardo dal. *Exceção de contrato não cumprido*. Indaiatuba, SP: Foco, 2022, p. 98.

1.3. Exceções substanciais dilatórias e peremptórias

Existem outras subclassificações das exceções substanciais, como as exceções dependentes e independentes⁸⁹; e as exceções pessoais e impessoais (ou reais)⁹⁰.

Entretanto, a subclassificação doutrinariamente mais relevante é a que divide as exceções em peremptórias e dilatórias, *i.e.*, se há encobrimento do direito, pretensão, ação ou exceção do demandante de forma perene no tempo ou temporariamente, respectivamente.

Consta em nota dos atualizadores de Pontes de Miranda (edição de 2012 do *Tratado*) que no Direito alemão as exceções peremptórias têm tratamento semelhante ao dos direitos formativos extintivos no plano eficaz e “a prestação feita sem conhecimento da exceção oponível à pretensão pode ser repetitiva”⁹¹.

A distinção entre exceções peremptórias e exceções dilatórias aparece nas célebres Institutas de Gaio. O jurisconsulto afirma sobre as exceções peremptórias que são “oponíveis sem limite de tempo e não podem ser evitadas <pelo autor>, como por exemplo a de coação, a de dolo mau, a de que algo se fez em contrariedade a lei ou senatusconsulto, a de coisa julgada ou já trazida a juízo, igualmente a de pacto convencionado (*pactum conventum*) para que não fosse de forma alguma exigido dinheiro”⁹². Já as dilatórias “são as exceções que são oponíveis dentro de um prazo, como por exemplo a de pacto convencionado (*pactum conventum*) para que não se demande dentro de um quinquênio: findo esse termo, não cabe <mais> a exceção (...)”⁹³.

⁸⁹ “Segundo a exceção vem contra o direito ou contra a pretensão, ou contra a ação, ou contra a exceção, em sua eficácia, *a*) baseada em direito que não é aquele em que ela se contém, ou *b*) só se apoia em si-mesma, no *ius exceptionis*, diz-se, respectivamente, não autônoma (dependente) ou autônoma (independente). (...). As exceções dependentes extinguem-se com o direito, de que provêm” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...* t. 6, pp. 72-73).

⁹⁰ “Sob o ponto de vista do alcance longitudinal de sua eficácia, as exceções podem ser consideradas como pessoais e exceções reais. Exceções pessoais são aquelas por natureza restritas, tanto positiva como negativamente, isto é, são as exceções que não podem ser opostas senão a uma determinada pessoa ou grupo de pessoas (passivamente) ou que só podem ser invocadas por determinados titulares de um direito (ativamente). Diferentemente exceções reais são todas aquelas oponíveis *erga omnes* ou invocadas por qualquer um, passivamente reais (*in rem*)” (SERPA LOPES, José Miguel Maria de. *Exceções substanciais...* p. 108).

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...* t. 6, Panorama atual pelos Atualizadores, §630. D – Direito Comparado, p. 77.

⁹² Gai 4, 121: “Peremptoriae sunt, quae perpetuo valent nec evitari possunt, velut quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusve consultum factum est aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est, item pacti conventi quod factum est, ne omnino pecunia peteretur.”

⁹³ Gai 4, 122: “Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur: finito enim eo tempore non habet locum exceptio. Cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae: nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturae reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae; item si is, qui cum eodem plures lites habebat,

A *exceptio non adimpleti contractus* é uma exceção substancial, dilatória e dependente, apesar de não serem esses caracteres que se quer ressaltar no presente trabalho, mas sua função de autotutela ou autodefesa contratual.

2. AS FUNÇÕES DA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

2.1. A *enac* como expressão de autotutela contratual

O enquadramento da *enac* entre as exceções substanciais é acompanhado da ênfase comumente dada ao seu papel no processo, onde a defesa do réu que a instrumentaliza origina sentença de carga prevalentemente declaratória, *i.e.*, que reconhece o direito de eficácia paralisante arguido pelo réu⁹⁴, então excipiente.

A *enac* é, pois, geralmente alegada no processo pelo réu quando uma demanda resolutória já está instalada. Embora seja essa a tônica comumente dada ao instituto, seu potencial é mais amplo, pois engloba uma importantíssima faceta extrajudicial, cuja relevância tem sido cada vez mais reconhecida:

Essa constatação apenas reforça a total independência do conceito de exceção material frente à exceção processual (da mesma forma como a ação material não se confunde com a ação processual). Mais do que isso, a possibilidade de ser exercida extrajudicialmente, produzindo seu efeito típico encobridor ou paralisante independentemente de qualquer demanda instaurada, reforça a utilidade do conceito de exceção enquanto instituto de Direito material, apesar deste parecer por vezes obliterado pela sombra da exceção processual (a qual recebeu muito mais atenção da doutrina nas últimas décadas)⁹⁵.

Essa singularidade da *enac* pode ser traduzida como o *direito de suspender a própria prestação quando a outra parte ainda não prestou a sua*. É a dimensão do instituto como mecanismo de *autotutela jurídica* ou *autodefesa privada*⁹⁶: um meio legitimado pelo ordenamento jurídico para que a parte “defenda a si mesmo dos acontecimentos que o prejudicam”⁹⁷.

de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his quas distulerit agat, per hanc exceptionem quae appellatur rei residuae summovetur.”

⁹⁴ Cf., mais uma vez, TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos atuais do conceito de “exceção substancial” a partir da teoria chiovendiana... p. 2.

⁹⁵ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido*... p. 112.

⁹⁶ BENEDETTI, Alberto Maria. *Una nuova eccezione d'inadempimento?*... p. 221.

⁹⁷ MASNATTA, Hector. *Excepcion de incumplimiento contractual*... p. 11.

Essa defesa, é claro, não significa uma justiça de mão própria, na compreensão tradicional desse recurso (como a defesa autorizada da posse no desforço imediato, por exemplo⁹⁸), mas algo mais sutil: uma paralisação não violenta daquilo que se deveria fazer (prestar)⁹⁹, paralisação esta que pode gerar efeitos positivos para o reequilíbrio do contrato. Daí a expressão de Calvão da Silva, a que ora se adere, de que a trata-se de uma “coação defensiva”¹⁰⁰.

Em outros termos, o exercício da *exceptio non adimpleti contractus* pode ser feito pelo interessado “ao ar aberto”¹⁰¹, independentemente de demanda judicial que o autorize.

Como afirma Thomas Genicon, diferentemente das outras sanções à inexecução, “a exceção de inexecução é em princípio apenas uma sanção provisória, uma simples medida conservatória que, pode-se dizer, preserva os interesses do credor, mas não prejudica a sanção futura, sanção que poderá ser tanto uma execução forçada quanto uma resolução contratual, ou ainda a ausência de sanção caso o devedor execute espontaneamente”¹⁰².

É, pois, um *prelúdio* a outras sanções¹⁰³ e o uso dessa forma é que tem sido objeto de interesse, na medida em que é economicamente saudável que os contratos sejam preservados. Não se trata de uma via executiva, à qual se recorre apenas pelo poder público, mas de um mecanismo cuja finalidade é próxima à da execução, *i.e.*, fazer com que seja cumprido o contrato¹⁰⁴.

Essa característica da *enac* pode levantar algumas contestações, especialmente por uma suposta confusão entre o fim “imediato” de seu uso e aquela que seria apenas uma consequência posterior. É o que se verá a seguir.

⁹⁸ CC/02, art. 1.210, §1º. “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

⁹⁹ Cf., nesse sentido, e se opondo à visão da *exceptio non adimpleti contractus* como uma forma de justiça privada (pelo fato de não corresponder a uma atuação violenta): DROSS, William. L’exception d’inexécution: essai de généralisation. *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 1-31, jan./mar. 2014, p. 6.

¹⁰⁰ CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... p. 244.

¹⁰¹ Expressão de Pontes de Miranda, que diz sobre a possibilidade do demandante exercer *manu propria* a exceção. Conforme frisa o autor, “nem se há de dizer que toda exceção pressupõe processo, ou juízo, em que se oponha. Tem-se de abstrair de tudo isso se se quer o conceito de exceção no direito material. O que importa é seu conteúdo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*...t. 6, p. 66.

¹⁰² GENICON, Thomas. L’exception d’inexécution... p. 311-312.

¹⁰³ GENICON, Thomas. L’exception d’inexécution... p. 312.

¹⁰⁴ DROSS, William. *L’exception d’inexécution*... p. 6.

2.2. Possíveis críticas e refutações

Dogmaticamente, a característica de autotutela atribuída à *enac*, com função conservatória ou garantidora, sofre algumas contestações.

Tome-se o exemplo de Biagio Grasso, autor de uma monografia bastante reconhecida. Para esse autor, a função de garantia da consecução da contraprestação, que muitos veem como funcionalidade da *enac*, seria um equívoco¹⁰⁵. E tal equívoco consistiria “em compreender na função do instituto um resultado (consecução da contraprestação) que é o efeito de uma atividade ulterior e distinta”¹⁰⁶. Biagio Grasso também endereça reprimendas aos que, de modo diverso, veem na *enac* não propriamente uma garantia de conseguir a contraprestação, mas uma garantia de repetibilidade da própria (posição de Auletta)¹⁰⁷. É em todo caso uma confusão, acredita aquele autor.

Quer parecer que, para Biagio Grasso, o problema se relaciona com a comum confusão entre o direito à *enac* e à resolução contratual, confusão que o autor se dedica a afastar, embora o faça de forma, deve-se dizer, igualmente um tanto confusa. Realmente, Biagio Grasso adota em toda sua monografia um estilo que às vezes soa excessivo, fazendo reprimendas a muitos autores e procurando aquilo que, em sua visão, é dogmaticamente “mais puro”, por assim dizer.

Isso acaba por gerar alguns trechos de difícil compreensão em sua obra, que aparentam ser mais uma tentativa de fazer oposição teórica aos clássicos sobre o assunto (como René Cassin) do que propriamente dirimir problemas concretos. Biagio Grasso afirma, por exemplo, que tanto para a *enac* quanto para a resolução, “toda tentativa de solução do problema de individualização do perfil funcional concreto e, assim, da determinação do interesse tutelado deve colocar-se sob um plano diverso daquele de que se serviu até agora a doutrina”¹⁰⁸. Soa muito exagerado, e nesse exagero, acredita-se perder de vista o proveito prático.

Parece também que Biagio Grasso quer ver no instituto apenas uma *justificativa do próprio incumprimento*, reservando as funções garantidora e coativa para o momento da resolução. Se essa for a leitura correta das palavras do autor, é preciso afastar tal entendimento,

¹⁰⁵ GRASSO, Biagio. *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto: profili generali*. Univ.degli Studi di Camerino Pubblicazioni, 1973, p. 84.

¹⁰⁶ GRASSO, Biagio. *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto...* p. 84.

¹⁰⁷ GRASSO, Biagio. *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto...* p. 84.

¹⁰⁸ GRASSO, Biagio. *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto...* p. 90.

e reafirmar que a *enac* tem sim função de garantir o crédito, assim como de coagir o outro a prestar.

O esforço muito grande do autor italiano em entender a *enac* como “mera defesa” parte da sua visão sob o prisma processual, quando já mobilizada a *enac* na sua forma, por assim dizer, tradicional.

Mas, como já afirmado anteriormente, a *enac* revela tanto o *ius exceptionis* quanto sua concreta mobilização (que geralmente vai ocorrer quando a parte é demandada). Mas a alegação do *ius exceptionis* pode ser feita perante o outro contratante (inadimplente) diante das tentativas deste de cobrar a prestação alheia. Leia-se bem: *cobrar*, o que não quer dizer demandar judicialmente. Assim, quem tem *ius exceptionis*, no caso da *enac*, pode alegar a existência desse direito fora do juízo, notificando a outra parte, e é nesse uso que se identifica a função conservatória e coativa do instituto. Essa função está melhor delimitada nos contratos administrativos.

Para usar as palavras do próprio Biagio Grasso: se o efeito da *enac* é a “exclusão da antijuridicidade do inadimplemento do excipiente”¹⁰⁹, então é nessa exclusão de antijuridicidade que se podem ver os demais efeitos, como o de garantir a preservação do contrato.

Compreendida, pois, a característica de autodefesa da *enac*, vejamos duas importantes faces funcionais do instituto.

2.3. A atuação da *enac* na garantia e coerção do cumprimento do contrato

Como autodefesa contratual, a *exceptio non adimpleti contractus* atua em dois planos. No primeiro plano, permite que o devedor suspenda o cumprimento da prestação que dele está a ser exigida. É, pois, simplesmente, a defesa contra as investidas de quem também não cumpriu. No segundo plano, exerce *coação passiva* contra a outra parte¹¹⁰, pressionando-a a fazer um movimento em direção ao equilíbrio e bom termo contratual.

Observando esse papel dúplice da *enac*, afirma João Calvão da Silva que o remédio tem, para o excipiente, função de garantia, “contra as consequências, presentes ou futuras, do não cumprimento da(s) obrigações(ao) recíproca(s) do devedor”¹¹¹; e, para o excepto, função

¹⁰⁹ GRASSO, Biagio. Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto... p. 91.

¹¹⁰ CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... pp. 243-244.

¹¹¹ CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... p. 336.

coercitiva, pois representa uma medida de pressão sobre ele – porque, uma vez também inadimplente, exerce sua posição jurídica de credor sem antes cumprir sua posição jurídica devedor, ameaçando o equilíbrio do contrato¹¹². Essa função de *coerção defensiva* é bem elucidada pelo autor, nos seguintes termos:

“A coerção defensiva é aquela em que o credor actua passivamente, limitando-se a responder, por omissão ou recusa de cumprir por sua parte, ao não cumprimento pontual do devedor, para defesa e garantia do seu direito. Face ao não cumprimento pontual do devedor, o credor recusa-se a cumprir a sua parte obrigacional, enquanto o devedor não cumprir a sua prestação. Aqui, o credor actua na defensiva e esta sua actuação pode revelar-se eficaz meio coercitivo que determine o devedor a cumprir. A fase cominatória resulta da sua passiva e defensiva recusa de não cumprir a prestação a que se encontra adstrito. São disto exemplos marcantes o direito de retenção e a *exceptio non adimpleti contractus*. Dela se pode dizer constituir justiça privada passiva.”¹¹³

O caráter “defensivo” da coerção, portanto, deve-se ao fato de que com *enac* atua-se de forma passiva (e não ativa), induzindo o credor ao cumprimento de uma prestação por ele devida. Nessa linha, visa a uma tutela mediata e indireta, pois limitada a impedir a realização do crédito do adversário, suspendendo ou interrompendo a execução do contrato¹¹⁴, assim como provocando o credor a prestar. Provoca-se ele a tanto, justamente pelo encobrimento eficaz da sua pretensão, que o coloca na situação de *ter de cumprir, para poder exigir*.

Essas funções da *enac* também são reconhecidas pela doutrina alemã¹¹⁵, que lhe atribui, simultaneamente, (i) a função de reequilibrar o sinalagma para recolocar o contrato no caminho do adimplemento, ao oferecer ao devedor um instrumento de pressão contra o demandante para que realize a contraprestação¹¹⁶; e (ii) a função limitada de garantia, ao não obrigar o excipiente a realizar sua prestação sem ter obtido a contraprestação¹¹⁷.

Veja-se que, mesmo correspondendo a uma coação passiva, a *enac* tem a função importante de reequilibrar o sinalagma, pondo o contrato na rota do adimplemento, que é o fim que polariza a relação. Não por menos, no Código Civil brasileiro, a *enac* se apresenta entre o art. 475 (cumprimento ou resolução) e o art. 478, que trata da onerosidade excessiva e dos meios de corrigi-la. Em todos esses casos, muito embora o legislador os tenha colocado sob a rubrica “extinção do contrato”, a resolução se afigura como medida extrema, e a salvação do contrato, sempre que possível, deve ser prestigiada. No caso da *enac*, pressionando-se a contraparte a

¹¹² CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... p. 336.

¹¹³ CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... p. 244.

¹¹⁴ MASNATTA, Hector. Excepcion de incumplimiento contractual... p. 11.

¹¹⁵ GRÜNEBERG, Christian. §320... p. 536.

¹¹⁶ Cf. EMMERICH, Volker. Vor §322...

¹¹⁷ Cf. EMMERICH, Volker. Vor §322...

cumprir; no caso da onerosidade excessiva, abrindo-se a via da modificação equitativa das condições contratuais, para se evitar a resolução.

A finalidade da *enac* como meio de autotutela contratual legitimado pelo ordenamento jurídico é nobre, porque busca a conservação de contratos que foram livremente pactuados, cujo cumprimento importa à segurança jurídica das relações privadas, um dos pilares de uma vida de relação saudável: a *exceptio non adimpleti contractus* “assegura não apenas o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna), mas satisfaz a ordem social, que procura pelo adimplemento como imposição da justiça comutativa (função social externa)”¹¹⁸.

Afinal, havendo efetividade no exercício dessa autotutela, não só o contrato é conservado e reposicionado em direção ao cumprimento do programa contratual, mas também o fluxo econômico-financeiro das relações contratuais volta a fluir, uma vez que a troca entre as prestações, que por um momento estagnou-se, dinamiza-se.

2.4. Diferenciações entre a *enac* e o direito de retenção

A *exceptio non adimpleti contractus*, compreendida como remédio de autotutela encerra, de certa forma, uma “justiça privada”, muito longe, contudo, das permissões legais de autodefesa própria e dos direitos de modo direto e agressivo. Mas, nessa *certa* justiça privada, a figura pode ser aproximada de institutos que por igual revelam essa característica. Notável é sua proximidade com o direito de retenção¹¹⁹.

As similaridades entre a *enac* e o direito de retenção levaram, inclusive, alguns autores a classificar a primeira como um “direito de retenção *sui generis*”. Tratando do direito alemão, Christian Grüneberg afirma que a *enac* é um caso especial do direito de retenção¹²⁰, que o BGB regula no §273¹²¹ como figura geral.

¹¹⁸ ROSELVALD, Nelson. *Comentários ao artigo 476*. In: PELUSO, Cezar. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Manole, 2022, p. 522.

¹¹⁹ Cf. STORCK, Michel. Art. 1219 et 1220... pp. 8-9.

¹²⁰ Bürgerliches Gesetzbuch – Palandt... p. 536.

¹²¹ BGB, §273. Direito de retenção. (1) Se o devedor tiver um crédito contra o credor na mesma relação jurídica em que se funda a obrigação, pode, salvo se a obrigação levar a conclusão diversa, recusar a prestação por ele devida, até que a prestação devida a ele seja prestada (direito de retenção). (2) A pessoa que é obrigada a devolver uma coisa tem o mesmo direito, se tiver direito a reclamar despesas havidas com a coisa ou danos causados por ela, a menos que tenha obtido a coisa por meio ilícito. (3) O credor pode impedir o exercício do direito de retenção prestando garantia. Exclui-se a prestação de caução por fiadores”.

De fato, ambas as figuras se aproximam na medida em que possuem a mesma natureza jurídica de exceção substancial dilatória¹²², além de ambas serem consideradas meios de justiça privada, como afirmam Alex Weill e François Terré¹²³.

João Calvão da Silva lista o direito de retenção e a *enac* como exemplos de constrangimento privado, agrupando ambos os institutos na classe dos mecanismos coercitivos, *i.e.*, aqueles de que alguém dispõe para que outrem cumpra¹²⁴.

A retenção pode definir-se como o direito de retardar a entrega de uma coisa devida; como meio de induzir a pessoa - quem espera a coisa - a adimplir. A obrigação é, nesses casos, conexa à coisa (*jus cum re junctum*)¹²⁵. Opera como garantia que a lei confere em determinadas hipóteses, notadamente ao possuidor de boa-fé.

O direito de retenção permite que o possuidor de boa-fé retenha o bem, “ainda que posteriormente à sentença de restituição do imóvel, como forma de constranger o retomante a indenizá-lo por benfeitorias necessárias ou úteis”¹²⁶. Como a *enac* é, na prática, uma retenção da própria prestação, houve quem expressamente afirmasse que ela é expressão do direito de retenção (Laurent, entre os franceses, por exemplo, como explica Giovanni Persico)¹²⁷.

No entanto, é importante discernir as figuras. A confusão entre os dois institutos ocorre caso se dê amplitude excessiva ao direito de retenção. Se este for visto como garantia derivada tanto (i) de uma conexão objetiva entre crédito e coisa, quanto (ii) de uma conexão “crédito-coisa” ou “crédito-crédito”, derivada de um contrato bilateral, então a retenção englobará a *enac*.

Mas, seguindo a visão mais restritiva – o direito de retenção é assegurado apenas nos casos de uma conexão objetiva entre crédito e coisa – fica clara a diferença entre as figuras.

¹²² ROSELVALD, Nelson. Comentários ao artigo 476... p. 523.

¹²³ WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil...* p. 500.

¹²⁴ CALVÃO DA SILVA, João. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória... p. 243.

¹²⁵ PERSICO, Giovane. *L'eccezione d'inadempimento*. Milão: Giuffrè, 1955, pp. 23-24. No original: “I nostro Codice non ha ritenuto di disciplinarlo con norme generali, benchè se ne diano molti esempi d'applicazione. Oggi il diritto di ritenzione può definirsi una facoltà concessa al soggetto di ritardare la consegna d'una cosa dovuta, come mezzo per indurre la persona, cui la cosa spetta, ad adempiere all'obbligazione sorta in occasione d'essa. Dicesi che l'obbligazione è ‘connessa alla cosa (‘jus cum re junctum’)’. Il diritto di ritenzione viene anche considerato ‘eccezione di ritenzione’, perchè proprio come eccezione opera, presupponendo una richiesta del debitore, che pretende la consegna della cosa”.

¹²⁶ ROSELVALD, Nelson. Comentários ao artigo 476... p. 523.

¹²⁷ PERSICO, Giovane. *L'eccezione d'inadempimento...*, p. 22.

Essa é a opinião de Giovanni Persico¹²⁸, para quem ambos os institutos se diferenciam pela natureza jurídica: enquanto o direito de retenção tem alguns elementos de direito real (e o caráter absoluto), a exceção de contrato não cumprido (*i.e.*, o direito subjetivo que ela exprime, conforme definiu-se anteriormente) é estritamente pessoal.

Além disso, os institutos têm diferentes campos de incidência. Enquanto o direito de retenção se aplica a dívidas que, embora recíprocas e conexas, são necessariamente independentes entre si, a *enac* se aplica aos contratos bilaterais sinalagmáticos, caracterizados justamente pelo vínculo de reciprocidade e equivalência entre as prestações¹²⁹.

Ou seja, o direito de retenção se refere a uma obrigação secundária do contrato e se baseia na “conexão existente entre o crédito e a detenção do bem, enquanto a *enac* recai sobre uma ligação de interdependência e reciprocidade existente entre as obrigações no contrato bilateral”¹³⁰.

Dessa forma, enquanto quem invoca o direito de retenção “se julga provido de uma garantia de pagamento que o direito lhe assegura como medida de equidade”, o devedor em um contrato sinalagmático, que opõe a *enac* e exige a execução simultânea das prestações, “se prevalece de um dos efeitos próprios do contrato que celebrou”¹³¹.

3. CONSEQUÊNCIAS DO EXERCÍCIO EXTRAJUDICIAL DA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

Três consequências podem suceder após o exercício extrajudicial da *exceptio non adimpleti contractus*.

¹²⁸ Cf. PERSICO, Giovane. *L'eccezione d'inadempimento...* pp. 27-28. No original: “Ciò perche, a causa delle somiglianze che tra i due rimedi senza dubbio sussistono, l'inquadramento dottrinario nell'unico istituto giuridico della ritenzione dipende dalla maggiore o minore estensione che a questo viene attribuita. Potrebbe anche, infatti, comprendersi nel diritto di ritenzione in senso ampio ogni caso in cui il creditore ha la facoltà di trattenere, a garanzia del proprio credito, ciò che a sua volta è da lui dovuto, sia che esista un vincolo di connessione obbiettiva tra il credito e la cosa trattenuta, sia che il vincolo tra credito e cosa, oppure tra due crediti, derivi da un contratto bilaterale. Se invece, come io preferisco, si limita il concetto di ritenzione ai primo gruppo di casi in cui sussistano gli elementi della detenzione, di una ragione creditaria, anche non contrattuale, e di una connessione oggettiva tra credito e cosa, si deve considerare l'“*exceptio non adimpleti contractus*” alla stregua di un rimedio a sè stante differente dalla ritenzione con la quale, pur presentando analogie, non può identificarsi”.

¹²⁹ GOMES, Orlando. *Contratos...* p. 125

¹³⁰ ROSELVALD, Nelson. *Comentários ao artigo 476...* p. 523.

¹³¹ GOMES, Orlando. *Contratos...* p. 125

A primeira é que a autotutela exercida poderá ter a efetividade que o ordenamento jurídico legitima: o cumprimento pelas partes de suas respectivas prestações, equilibrando-se novamente o contrato e recolocando-o no curso de seu regular cumprimento.

Na *enac*, a parte demandada a cumprir em *contratos bilaterais sinalagmáticos* pode se recusar *porque* a outra também não cumpriu. Ou seja, pode o devedor-excipiente suspender sua prestação sem incorrer em mora, justamente porque aquele que exige deixou, também, de cumprir.

A segunda consequência possível é a ausência de qualquer efetividade ao exercício da autodefesa pelo devedor-excipiente, *i.e.*, o remédio extrajudicial não cumpre a função coativa-defensiva a que alude Calvão da Silva, como já explanado.

A terceira consequência que poderá advir do exercício de autotutela pelo devedor-excipiente é o questionamento judicial pelo credor-excepto, alegando que o remédio foi equivocadamente exercido, ou exercido fora dos limites da boa-fé objetiva.

Em outros ordenamentos, como o italiano¹³² e o alemão¹³³, há disposições expressas no sentido de que a *enac* deve ser oposta em atenção à boa-fé. É possível que isso se aplique ao Direito brasileiro, uma vez que não se pode admitir o exercício abusivo de qualquer posição jurídica (art. 187, CC).

Entretanto, na ausência de disposições legislativas nacionais mais concretas sobre o conteúdo dos deveres laterais; acredita-se que a invocação do abuso de direito somente caberia, justamente, quando o excipiente, para exercer a *enac*, alega suposto incumprimento de dever apenas lateral por parte do excepto. Em outros termos, e para seguir uma linha de coerência com a visão restritiva proposta nesta tese, ao excepto será possível alegar, em juízo, inviabilidade da *enac* sempre que o excipiente, que não tiver cumprido dever principal ou secundário, alegar que o excepto inadimpliu dever lateral advindo exclusivamente da boa-fé.

Nesse caso, segundo se pensa, nem seria preciso invocar a figura do abuso de direito, mas tão só a falta de preenchimento dos requisitos que, segundo se entende, compõem o art. 476 do CC.

Exatamente pela razão de não ser possível ignorar a possibilidade de manejo extrajudicial da *enac* que esta tese propõe uma interpretação restritiva dos deveres prestacionais

¹³² Cf. Código Civil italiano, art. 1.460, (2).

¹³³ Cf. BGB, §320, (2).

que a movimentam. Entende-se que essa limitação contribui para o fortalecimento do instituto como forma de autocomposição entre as partes. Em outros termos, o excessivo alargamento das hipóteses de cabimento da *enac* pode complicar o tráfego jurídico e negocial, expondo o exercício da figura a desnecessários questionamentos.

O potencial excipiente deve acautelar no manejo da *enac*. E, novamente segundo se pensa, respeitadas as posições diversas, é preciso fortalecer a *enac* como remédio para o incumprimento de deveres contratuais principais e acessórios. Os remédios para o incumprimento de deveres laterais de conduta devem ser autonomizados, gerando talvez outras consequências.

Suponha-se um contrato de financiamento em que houve atraso na liberação de uma parte do valor contratado. O credor, contudo, envia notificação ao devedor cobrando a quitação de parcelas do financiamento, uma vez verificado o vencimento. Pode o devedor, nesse caso, suscitar exceção de contrato não cumprido, inclusive assinando prazo ao credor para liberar a parte faltante. Se o credor levar a questão a juízo, poder-se-á discutir se estão cumpridos os requisitos do art. 476. Mas não se trata, aí, de dever lateral de conduta. Outras discussões poderão ter lugar, inclusive a da proporcionalidade e gravidade do incumprimento (requisito expressamente previsto no CC francês, por exemplo). Mas, definitivamente, não se trata de mobilizar a *enac* alegando descumprimento de dever lateral, mas sim de dever principal.

4. COMPORTAMENTO PROCESSUAL DA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

4.1. Oportunidades de oposição da *enac*

Uma advertência é feita antes de se iniciar o presente tema, qual seja, subsiste o enfoque dado à *exceptio non adimpleti contractus* neste trabalho, que é seu exercício como autotutela contratual.

Mostra-se, pois, incongruente com o eixo dessa tese, que se detenha nas descrições das inúmeras realidades processuais que podem ser desencadeadas quando o réu no processo judicial opõe seu direito de excepcionar a pretensão do autor, sem negá-la. Por outro lado, a timidez com a qual no Brasil se exerce a *enac* fora do processo ou extrajudicialmente impõe, ao menos, o tangenciamento dos mais relevantes comportamentos processuais da *enac*.

Em princípio, a *enac* deve ser alegada em sede de *contestação* em ação de cumprimento. Esse é o meio processual mais compatível e natural de o fazer. Contudo, diante do princípio da fungibilidade dos meios, alguns doutrinadores entendem que a eventual dedução da *enac* em sede de *reconvenção* deve ser conhecida, mesmo diante da aparente falta de interesse de agir do excipiente (na reconvenção o réu deve alegar uma pretensão própria, que não é o caso da *enac*, que busca paralisar a eficácia do direito do excepto)¹³⁴.

Não é recomendável que se alegue a *enac* em ação de resolução, pois esta tem por objetivo extinguir o contrato, enquanto a exceção – cuja natureza é eminentemente conservatória –, busca tão somente suspender a eficácia da pretensão do excipiente até que o excepto preste ou ofereça em juízo sua prestação.

Pode ocorrer que, na contestação de ação de resolução, o réu alegue ter suscitado a *exceptio non adimpleti contractus* extrajudicialmente ou, ainda, justifique que não cumpriu sua obrigação em razão do não cumprimento simultâneo da outra parte. Em ambas as situações, Ricardo Dal Pizzol entende possível “afastar a incidência da mora e do inadimplemento, e, por conseguinte, negar a existência do direito do autor à resolução”¹³⁵, apesar de não se estar diante nesse caso, tecnicamente, de uma exceção de contrato não cumprido, “pois essa só é cabível nas ações em que a parte autora pede o cumprimento – específico ou pelo equivalente – de uma obrigação”¹³⁶.

A *enac* também pode ser alegada no processo de execução autônoma, em embargos à execução, por ser matéria que atinge a exigibilidade do título executivo e que poderia ter sido objeto de discussão no processo de conhecimento. Nesse caso, importa destacar que as próprias

¹³⁴ É a posição assumida por Ricardo Dal Pizzol: “É preciso ponderar, ao mesmo tempo, que o não conhecimento da reconvenção, nesse contexto, conduziria [i] à condenação do requerido a cumprir sua prestação quando o autor ainda não o fez, com claro risco de quebra da reciprocidade (afinal, nada garante que o autor terá condições patrimoniais de cumprir sua obrigação em ação posterior), [ii] em benefício, além disso, de um autor que age em desconformidade com a boa-fé (na medida em que cobra a obrigação da contraparte sem ao menos disponibilizar a sua).” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 451). O autor cita o Recurso Especial n. 1.036.003/SP (DJe de 3.8.2009), Relator Ministro Jorge Mussi, no qual se reconhece que o direito de retenção por benfeitorias pode ser alegado com reconvenção (*op. cit.*, n.r. 1.592, p. 452).

¹³⁵ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 456. No mesmo sentido: “Não se pode, no entanto, deixar de dar ênfase à tese de KELLER e KARLOWA quanto à natureza da exceção na ação de resolução. Esta não é o exercício da ação correspondente a um direito de crédito, mas a um direito formativo que só nasce quando presentes pressupostos outros, além daqueles que fundamentam com suficiência o pedido de cumprimento. Como entre eles está o pressuposto da não-inadimplência do credor-autor da ação de resolução, o fato de o credor ser realmente inadimplente não permite o nascimento do direito formativo de resolução. Logo, a defesa do réu fundada no inadimplemento do credor-autor da ação de resolução atinge o próprio direito e é dirigida direta e imediatamente contra esse direito, e não apenas para excluí-lo provisoriamente (como é próprio da exceção dilatória, natureza a que pertence a *exceptio non adimpleti contractus*, argüível na ação de cumprimento)” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 84-85).

¹³⁶ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 456.

regras processuais trazem mecanismos para evitar o prosseguimento da execução caso o exequente não tenha se desincumbido previamente das obrigações a ele impostas. Nesse sentido, o art. 787, *caput*, do Código de Processo Civil, prescreve que “se o devedor não for obrigado a satisfazer sua obrigação senão mediante a contraprestação do credor, este deverá provar que adimpliu ao requerer a execução, sob pena de extinção do processo”.

Já na impugnação ao cumprimento de sentença, há mais dúvidas sobre a possibilidade de se alegar a *enac*. Afinal, nesse momento processual, já se operou a preclusão da discussão sobre a formação do título executivo judicial, que se operou no processo de conhecimento. É possível cogitar, contudo, uma hipótese de alegação da exceção nessa fase quando a obrigação do exequente se vencer após a sentença e ele não a cumprir quando, pelo princípio “de igual trato das dívidas vencidas”, a *enac* pode ser oposta pelo executado-excipiente¹³⁷.

4.2. Distribuição do ônus da prova

A discussão sobre o ônus da prova na *exceptio non adimpleti contractus* foi objeto de debates na Idade Média quando de seu desenvolvimento dogmático. Assim, antes de se chegar ao *nomen iuris* hoje consagrado, os juristas medievais “chegaram a um remédio processual romano estranho aos *bonae fidei iudicia*, que, porém, atribuía uma posição semelhante ao comprador e ao vendedor no processo”¹³⁸.

Foi Cino de Pistóia que atribuiu ao demandante o ônus de prestar primeiro, ou garantir ao juízo sua prestação¹³⁹. Baldo de Ubaldis sustentou que a sentença de procedência da *exceptio non adimpleti contractus* seria condicionada e o réu seria condenado à prestação se o autor também realizasse a sua prestação¹⁴⁰.

No Direito Processual brasileiro, o ônus de provar na *enac* o não cumprimento da prestação do autor-excepto pertence ao réu-excipiente. Essa é a regra do art. 373, II, do CPC¹⁴¹.

¹³⁷ “Neste contexto, causas extintivas, impeditivas ou modificativas da obrigação apenas poderiam ser invocadas se supervenientes à sentença – o que, em matéria de *exceptio non adimpleti contractus*, só se poderia cogitar em uma hipótese muito específica: quando, estando o exequente obrigado a prestar depois do executado, sua obrigação só se vence após a sentença, ocasião em que, pelo princípio ‘de igual trato das dívidas vencidas’, a exceção passa a ser oponível pelo executado (...)” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 471).

¹³⁸ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

¹³⁹ PENNITZ, Martin. §§320-332...

¹³⁹ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

¹⁴⁰ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

¹⁴¹ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...). II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Diz Rafael Alexandria de Oliveira: “não é à toa que, inspirada numa passagem de Ulpiano, há uma máxima romana segundo a qual ‘*reus in exceptione actor est*’ – ou seja, ao *exceptionar o réu é*

Entretanto pode, no caso concreto e com base no art. 373, §1º¹⁴², do CPC, ser determinado pelo juiz a inversão daquele ônus, em razão de “alguns desses elementos serem de mais fácil demonstração (ou refutação) pelo autor-excepto”¹⁴³.

No processo de execução, como já demonstrado, o art. 787, do Código de Processo Civil, impõe ao credor-exequente o ônus de provar que adimpliu sua prestação ao propor a execução, caso pendente a satisfação de prestação própria, sob pena de extinção do processo:

Por força dessa exceção, a execução se frustrará, dada a ausência de um dos seus pressupostos indeclináveis – o inadimplemento –, já que a recusa do devedor ao pagamento será justa e, por isso, o credor, enquanto não cumprida sua contraprestação, apresentar-se-á como carente da ação de execução. É que não se poderá falar em exigibilidade da obrigação na espécie a não ser depois que o exequente houver cumprido a prestação a seu cargo. Daí exigir o art. 787, *caput*, que a petição inicial da execução seja acompanhada da prova de já ter o exequente satisfeito a prestação a seu cargo.¹⁴⁴

4.3. Efeitos do acolhimento judicial da *enac*

Se a *exceptio non adimpleti contractus* for invocada judicialmente, a sentença que a julga, acolhendo-a ou repelindo-a¹⁴⁵, assume natureza declarativa. Há, contudo, posicionamentos doutrinários divergentes quanto à extensão desses *efeitos*, como ressalta Ricardo Dal Pizzol¹⁴⁶.

Uma primeira posição, manifestada em julgados antigos do Superior Tribunal de Justiça, o acolhimento judicial da exceção implica pura e simples improcedência do pedido do autor-excepto¹⁴⁷.

autor” (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 308).

¹⁴² “Art. 373. (...). §1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

¹⁴³ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 464.

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado...*

¹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...*t. 26, p. 64.

¹⁴⁶ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 465 e ss..

¹⁴⁷ No Recurso Especial n. 673.773/RN (DJe de 23.4.2007), o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o voto da Relatora, Ministra Nancy Andrihgi, manteve a decisão das instâncias ordinárias de improcedência da ação de cobrança uma vez oposta pelos demandados exceção de contrato não cumprido, ressaltando, contudo, que a relação jurídica de direito material (contrato/distrato) estaria com a eficácia suspensa até que a parte demandante cumprisse sua parte na avença. No Recurso Especial n. 869.354/RS (DJe de 24.9.2007), Relator para o acórdão Ministro Ari Pargendler, o Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente a reconvenção, na qual se alegou exceção de contrato não cumprido e que a contraprestação não era mais útil ao réu-excipiente. Como a procedência do pedido reconvenicional implicaria o reconhecimento dos efeitos de cláusula resolutiva tácita, a exceção de contrato não cumprido foi julgada improcedente.

Uma segunda posição, de origem doutrinária no Brasil, reivindica a adoção do sistema alemão [§322 (1) do BGB¹⁴⁸], que prescreve que a paralisação da eficácia da pretensão do autor-excepto operada pela exceção autoriza ao julgador *reconhecer* o direito do réu-excipiente de suspender o cumprimento de sua prestação até a realização da contraprestação do autor, mas também de *condenar* o réu-excipiente “ao cumprimento da prestação cobrada, condicionando-se, todavia, a execução da sentença ao adimplemento da contraprestação do excepto”¹⁴⁹.

Sobre a condenação simultânea prevista no §322 do BGB, comenta Volker Emmerich que aquele dispositivo se conecta ao §274, que trata do direito de retenção e estabelece o cumprimento simultâneo das prestações do credor e do devedor¹⁵⁰.

O entendimento esposado pelo BGB, por outro lado, alinha-se ao disposto no art. 514, do CPC, segundo o qual “quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o cumprimento da sentença dependerá de demonstração de que se realizou a condição ou de que ocorreu o termo”¹⁵¹.

Como já mencionado, esse foi o entendimento apresentado por Baldo de Ubalis na Idade Média, no sentido de que a sentença que acolhia a exceção de contrato não cumprido seria de procedência e *condicionada*, condenando-se o réu-excipiente a cumprir a obrigação se e quando o autor-excepto cumprisse a sua, obtendo-se a realização simultânea das prestações.

¹⁴⁸ “§322. Condenação à prestação simultânea. (1) Se uma das partes exigir judicialmente, com base em um contrato bilateral, a prestação que lhe é devida, então o exercício do direito que compete à outra parte de recusar a realização da prestação até que a contraprestação seja feita terá a mera eficácia de condenar a outra parte ao adimplemento por prestação simultânea. (2) Se a parte que acionou judicialmente tiver o dever de prestação antecipada, então ela pode, quando a outra parte estiver em mora de aceitação da prestação, exigir judicialmente a prestação após o recebimento da contraprestação. (3) Aplica-se a previsão do §274, II, à execução forçada” – EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

¹⁴⁹ Cf. EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

¹⁵⁰ EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

¹⁵¹ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 468.

CAPÍTULO 2: LIMITES DA INCIDÊNCIA DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

1.1. Bilateralidade e sinalgmaticidade

O presente trabalho enfoca a característica de autotutela presente na *exceptio non adimpleti contractus* que, para ser exercida por essa via e sem transbordamentos, deve delimitar as fronteiras impostas pela regra do art. 476 do Código Civil.

Para ser possível enfrentar a extensão da aplicabilidade da *enac*, é forçoso tangenciar conceitos obscuros na doutrina, como a bilateralidade e a sinalgmaticidade que caracterizam os contratos¹⁵², considerando que, até mesmo por intuição, parecem ser elementos que não se confundem. Do contrário, sequer seria possível discussões acaloradas na doutrina como as que envolvem a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos coligados, uma vez que tradicionalmente se diz que o remédio se aplica aos contratos bilaterais.

Por outro lado, estender a noção de sinalagma para nele abrigar uma série de deveres laterais, englobando prestações que não estejam em relação de reciprocidade e equivalência (diretas), o denominado “sinalagma expandido”, pode vir a fragilizar o próprio instituto, que não pode descurar, quando da identificação de seus limites de incidência, de todas as formas processuais e extraprocessuais nas quais se expressa.

¹⁵² “Não é pacífica a noção de *contrato bilateral*. Para alguns, [assim deve qualificar-se] todo contrato que produz obrigações para as duas partes, enquanto para outros a sua característica é o *sinalagma*, isto é, a dependência recíproca das obrigações, razão por que preferem chamá-los *contratos sinalagmáticos* ou de *prestações correlatas*. Realmente, nesses contratos, uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações” (GOMES, Orlando. *Contratos...* p. 104).

Como demonstra a historicidade da *exceptio non adimpleti contractus*, ela se dirige ao sinalagma¹⁵³, apesar da norma jurídica veiculada no art. 476 do Código Civil brasileiro prescrever como seu suporte fático¹⁵⁴ o contrato bilateral.

Entretanto, a tendência da doutrina moderna é de equiparar o conceito de bilateralidade (contrato bilateral) ao de sinalgmaticidade (contrato sinalgmático)¹⁵⁵. A origem dessa sobreposição parece remontar ao *Code Civil* de 1804 que, em sua redação original, definia “contrato sinalgmático” como equivalente de “contrato bilateral”¹⁵⁶. Nas lições dos grandes tratadistas do *Code*, como por exemplo Aubry e Rau, os contratos seriam segmentados em “unilaterais” e “bilaterais ou sinalgmáticos”¹⁵⁷.

No registro de Menezes Cordeiro, a redação original do art. 1.102 do *Code* fez a equivalência entre contrato sinalgmático e contrato bilateral em nome da simetria com a redação do artigo imediatamente seguinte (1.103¹⁵⁸), que conceituava “contrato unilateral”. Na opinião do autor, melhor seria se tivessem utilizado os termos *synalagmatique* e *pas synallagmatique* ou *non synalagmatique*, deixando os adjetivos “unilateral” e “bilateral” tão-

¹⁵³ “O fundamento da exceção está no sinalagma. Não há razão para confinar o âmbito de aplicação do instituto a uma classe de contratos (os bilaterais), se o sinalagma pode existir em outros tipos de relação” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 293). Também: “Come già rilevato, piuttosto che insistere sugli sembrano offrire una giustificazione all’inquadramento sistematico delle eccezioni dilatorie nella teoria dell’autotutela privata, sembra opportuno concentrare l’attenzione sul nesso sinallagmatico che si stabilisce tra le prestazioni e che positivamente assume la dimensione categoriale del contratto a prestazioni corrispettive: in una parola e corrispettività” (ADDIS, Fabio. *Le eccezioni dilatorie*. In: ROPPO, Vincenzo (coord.). *Trattato del contratto*: rimedi. v. 5. Milano: A. Giuffrè, 2006, p. 440).

¹⁵⁴ A noção de suporte fático que se utiliza é a sintetizada, por Marcos Bernardes de Mello: “(...) a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (=suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (=efeitos jurídicos). Então, proposição jurídica, para ser completa, há de conter, ao menos: (a) a descrição de um suporte fático do qual resultará o fato jurídico; (b) a prescrição dos efeitos jurídicos atribuídos a esse fato jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 20.ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 52).

¹⁵⁵ Citam como exemplos: “Uma outra divisão importantíssima em assumpto de classificação dos contratos é a que os distribue em *bilaterales* ou *synallagmaticos*, isto é, aquelles em que a relação jurídica constitue cada um dos contractantes respectivamente credor e devedor, e *unilaterales*, quer dizer, contractos nos quaes só uma das partes se constitue devedora” (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. Porto Alegre: Cesar Reinhardt, 1897, p. 307); “Entre outros, os contratos bilaterais são a permuta, o seguro, a locação de serviços, o contrato de transporte, a constituição de renda, agência e distribuição, corretagem, comissão e transação. São igualmente chamados *sinalagmaticos*, da palavra grega *sinalagma*, que quer dizer contrato com reciprocidade” (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Direito civil*, v.5, 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28).

¹⁵⁶ “Art. 1.102. Le contrat est *synallagmatique* ou *bilateral* lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres”.

¹⁵⁷ AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles Frédéric. *Cours de droit civil français*: d’après la méthode de Zachariae. t. 4, 5.ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Juisprudence Marchal et Billard, 1902, §341, p. 468

¹⁵⁸ “Art. 1.103. Il est *unilateral* lorsqu’une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que l’une d’elles ait d’engagement”.

somente para identificar os negócios jurídicos¹⁵⁹. A força exercida pelo Código napoleônico foi suficiente para se instalar a confusão entre aqueles conceitos.

1.1.1. A noção de bilateralidade

A noção de bilateralidade é antiga acompanhante dos negócios jurídicos, categoria da qual derivam os contratos e que surge, segundo Menezes Cordeiro, no *usus modernus pandectarum*. Foi expressão utilizada primeiramente por Daniel Nettelbaldt, consagrada por Savigny em seu *Sistema do Direito Romano Atual* e acolhida pelo BGB¹⁶⁰. Trata-se de uma criação juscultural; um fato social do qual os doutrinadores se conscientizaram em determinado momento histórico e, como afirma Antonio Junqueira de Azevedo, “a partir daí, isto é, de duzentos anos para cá, começaram a teorizar sobre ele”¹⁶¹.

Os negócios jurídicos podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. Essa classificação considera os “efeitos que venham a ser desencadeados”¹⁶² pelos participantes do negócio jurídico, não se relacionando necessariamente com a quantidade de intervenientes.

O negócio jurídico é unilateral quando tem por efeito a produção de uma só situação jurídica. Em termos formais, considera-se “a presença de uma única parte: apenas se distingue a situação desta da dos restantes – os terceiros”¹⁶³.

No negócio jurídico bilateral existem duas partes, cada qual atuando com regras próprias, “que devam ser cumpridas e que possam ser violadas, independentemente umas das

¹⁵⁹ Cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil...v. 2*, pp. 198-199. Na Reforma do direito contratual francês pela *Ordonnance* n° 2016-131, o art. 1.106 retira “contrato bilateral”, mantendo a definição de “contrato sinalagmático” e “contrato unilateral”: “Art. 1.106. Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu’une ou plusieurs personnes s’obligent envers une ou plusieurs autres sans qu’il y ait d’engagement réciproque de celles-ci”.

¹⁶⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil. v. 2*, 4.ed. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 32-35. Os Códigos Civis posteriores ao BGB que adotaram o negócio jurídico foram o Código Civil português de 1966 e o Código Civil brasileiro de 2002. O Código Civil de 1916 não o previa e, segundo José Carlos Moreira Alves, o foi porque quando de sua elaboração, a doutrina alemã do negócio jurídico ainda não estava solidificada (cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 96).

¹⁶¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. 1986. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 3. Na lição de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, negócio jurídico é um conceito dogmaticamente estabelecido para se “distinguir graus diferentes de valorização da vontade pelo ordenamento jurídico”, definindo-o como “o ato suscetível de ser condicionado, de ser posto sob termo ou encargo” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 72). Fernando Noronha conceitua negócio jurídico como ato de manifestação da vontade “de uma ou diversas partes, tendo por finalidade regulamentar os seus interesses, nos limites da esfera da autonomia conferida aos particulares pela ordem jurídica” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 409).

¹⁶² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil...v. 2*, pp. 90-91.

¹⁶³ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil...v. 2*, p. 91-92.

outras”¹⁶⁴. Para Marcos Bernardes de Mello, o negócio jurídico bilateral se caracteriza pela existência de vontades opostas sobre um mesmo objeto¹⁶⁵.

Os negócios jurídicos plurilaterais consistem na convergência de vontades distintas para um fim comum, como se verifica nas figuras societárias¹⁶⁶.

Todo contrato é, por definição, um negócio jurídico bilateral¹⁶⁷, pois veicula duas manifestações de vontade em situações contrapostas, produzindo situações jurídicas não coincidentes.

Os contratos também são unilaterais, bilaterais e plurilaterais, referindo-se a classificação aos seus efeitos¹⁶⁸, *i.e.*, à quantidade de *obrigações principais* que nascem das declarações de vontade do negócio jurídico bilateral.

Os contratos unilaterais geram obrigações para apenas uma das partes e os contratos bilaterais fixam obrigações recíprocas, a cargo de ambos os partícipes¹⁶⁹. Mesmo que as partes

¹⁶⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil...* v. 2, p. 91.

¹⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico...* p. 261.

¹⁶⁶ Os contratos multilaterais “caracterizam-se pelo facto de existirem obrigações assumidas por mais de duas partes para a prossecução de um fim comum determinado”, de acordo com FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*: em especial na excepção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação. Coimbra: Almedina, 2019, p. 102.

¹⁶⁷ “Todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais. Porque aí, a bilateralidade diz respeito à *composição* subjetiva do suporte fático, ao nascimento do negócio jurídico, com as duas manifestações de vontade concordes (plano da existência). Poderia ser, em vez disso, plurilateral. Quanto à *eficácia*, é que os negócios jurídicos (bilaterais ou plurilaterais) podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais (plano da eficácia)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 3. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 281); “O *contrato* é o negócio jurídico formado mediante concurso de vontades. O *contrato* é o negócio jurídico bilateral por excelência. Todo contrato, com efeito, é, por definição, *negócio bilateral*, visto que supõe declarações coincidentes de vontades. (...) Assim, na *formação*, todo contrato é negócio jurídico bilateral, mas, nos *efeitos*, tanto pode ser bilateral como unilateral” (GOMES, Orlando. *Contratos...* p. 103); “O contrato é, por regra, um acto, ou um negócio, *bilateral*. Isto é, para que exista um contrato é necessário, por regra, que existam pelo menos duas partes, e que cada uma delas exprima a sua vontade de sujeitar-se àquele determinado regulamento das recíprocas relações patrimoniais, que resulta do conjunto das cláusulas contratuais. É necessário, em concreto, que uma parte proponha aquele determinado regulamento, e que a outra parte o aceite. O contrato forma-se precisamente quando essa *proposta* e essa *aceitação* se encontram, dando lugar àquilo que se chama de *consenso* contratual” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 73); “Cada vez que a formação do negócio jurídico depender da conjunção de duas vontades, encontramos-nos na presença de um contrato, que é, pois, o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3, 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 9-10);

¹⁶⁸ “Todos los contratos obligatorios, como resulta del concepto mismo del contrato, son bilaterales en cuanto a su nacimiento, se componen de las recíprocas declaraciones de voluntad. Si, no obstante, se dividen los contratos em bilaterales y unilaterales, es porque al efecto no se toma en cuenta el acto de la conclusión del contrato, sino el efecto del mismo, haciéndose referencia a los contractos que obligan bilateralmente o sólo unilateralmente” (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil...* p. 161). No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *Contratos...* p. 84; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3, 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 56.

¹⁶⁹ “Os contratos bilaterais são, usualmente, definidos como os contratos dos quais emergem obrigações para ambas as partes. A estes contrapõem-se os contratos unilaterais enquanto contratos dos quais resultam obrigações

sejam compostas por mais de uma pessoa, declaração ou interesse, estes se apresentam de forma agregada.

Os contratos plurilaterais ou associativos se caracterizam pelos seguintes aspectos: (i) as partes (que inclusive podem ser duas, como uma sociedade com dois sócios) têm obrigações não uma com a outra, mas todas com as outras, assim como têm direitos todas perante as outras e (ii) as partes podem até possuir interesses antagônicos, mas o contrato se forma para atingimento de um fim comum¹⁷⁰.

A cacofonia causada pela decomposição do conceito de contratos unilaterais e bilaterais recebe críticas de muitos autores, que reivindicam o uso daqueles qualificativos somente para os negócios jurídicos¹⁷¹. Assim, na decomposição das expressões, tem-se que o contrato unilateral é um *negócio jurídico bilateral unilateral* e o contrato bilateral é um *negócio jurídico bilateral bilateral*.

Em suma, a bilateralidade contratual “implica a ideia de obrigações recíprocas, isto é, dos dois lados, enquanto a *unilateralidade* exprime a ideia de obrigações de um só lado, *ex uno latere*”¹⁷².

No Código Civil brasileiro, a expressão “contrato bilateral” consta em apenas duas oportunidades. A primeira, no art. 476 sob análise. A segunda, no §3º do art. 994¹⁷³, situado no capítulo referente à sociedade em conta de participação (sociedade não personificada, com sócio ostensivo e sócio participante, insuscetível de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis). O dispositivo prescreve que, na falência do sócio participante, o contrato social da sociedade em conta de participação sujeita-se às normas que regulam os efeitos da falência para os *contratos bilaterais* do falido. Não há referências a contrato plurilateral.

só para uma das partes” (FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 101).

¹⁷⁰ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 310-311.

¹⁷¹ “Outros evitam os termos bilateral e unilateral aos contratos, preferindo mencionar a categoria dos contratos com prestações correspectivas e a outra dos contratos com prestações a cargo de uma só parte, atitude que, deliberadamente e pela mesma razão, adotou o Código Civil italiano” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3, 22.ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 59).

¹⁷² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: Teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 70. Para Araken de Assis, contrato bilateral “é aquele ‘em que cada um dos figurantes assume o dever de prestar para que outro ou outros lhe contraprestem’. A contraprestação constitui, precisamente, a prestação do outro figurante. Há, portanto, na figura (a) *duas prestações* e (b) *interdependência de prestações* respeitante à própria conformação do negócio e perpassada, dinamicamente, a todo seu desenvolvimento e à sua eficácia” (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23).

¹⁷³ “Art. 994. A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais. (...) §3º. Falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido”.

1.1.2. A noção de sinalgmaticidade

O termo “sinalagma” sempre foi objeto de referências na história, da antiguidade grega, passando pela época romana clássica e justinianeia, à metódica jurídica e à sistematização no século XIX (especialmente por Savigny e pela Pandectística), como se verá em Capítulo próprio. É definido por Karl Larenz como o vínculo ou a vinculação mútua que as partes estabelecem entre si, uma objetivando a prestação da outra, que elas consideram equivalentes mediante avaliação subjetiva, não sendo necessário que haja uma correspondência valorativa objetiva entre as prestações¹⁷⁴. De forma sintética, uma parte obriga-se a uma prestação *em razão* do recebimento da contraprestação da outra (*donnant donnant; trait pour trait* ou *Zug um Zug*).

Volker Emmerich entente que a estrutura jurídica do sinalagma deva ser buscada no ordenamento jurídico respectivo¹⁷⁵, apesar de existirem teorias que buscam sistematizá-lo, merecendo menção três delas.

A *teoria da troca* (ou teoria da limitação prestacional imanente), que tem Karl Larenz como um de seus partidários, entende ser da “natureza das coisas” que as prestações sinalagmáticas já estejam unidas desde o princípio, bem como que as partes pretendam a troca simultânea das prestações, não havendo vinculações além da medida necessária. Para o autor alemão, a partir da realidade incindível entre prestação e contraprestação, dever-se-ia “compreender o direito subjetivo como limitado em seu conteúdo desde a origem: o autor só teria direito de ser satisfeito pelo demandado se também já tivesse ao menos disponibilizado a contraprestação”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ “Não é necessário que, para a existência de um contrato obrigacional sinalagmático, as prestações de ambas as partes tenham o mesmo valor de acordo com um padrão objeto; basta que cada parte considere a prestação da outra retribuição suficiente para sua própria prestação. Nesse sentido, a avaliação é feita pelo juízo subjetivo de cada parte contratual (‘equivalência subjetiva’). De todo modo, mesmo que entre pessoas honestas cada um ofereça ao outro aquilo que ela quer – isto é, uma retribuição, um ‘equivalente-’, analisado do ponto de vista objetivo, é imanente ao contrato bilateral a ideia de uma troca, de um equilíbrio, de uma ponderação ‘justa’ (...). Uma perturbação grave da relação de equivalência imaginada pelas partes é levada em consideração nos quadros da doutrina da base objetiva do negócio jurídico (*infra*, §21 II)” (LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts...*). No mesmo sentido: “Não é de mister, para que seja bilateral o contrato, a equivalência segundo critério objetivo das prestações; o que importa é que cada um *tenha* a prestação do outro figurante como equivalente à sua” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...*t. 26, p. 205).

¹⁷⁵ Cf. EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

¹⁷⁶ Cf. GERNHUBER, Joachim. *Das schuldverhältnis: Begründung und Änderung. Pflichten und Setrukturen. Drittwirkungen. Handbuch des Schuldrechts*, v. 8. Tübingen: Mohr, 1989. Tradução: João Carlos Mettlach, pp. 328-353. Disponível em:

https://www.academia.edu/48961440/Gernhuber_J_Rel%C3%A7%C3%A3o_obrigacionais_o_sinalagma.

Acesso: 20 dez. 2022. Também: “Para o jurista alemão, o contrato sinalagmático caracteriza-se, em seu sentido imanente, por cada contraente obrigar-se a uma prestação por causa da, e na medida da, respectiva contraprestação.

Nessa linha, contratos sinalagmáticos seriam “contratos de troca”, por meio dos quais “as partes trocam prestação que, aos olhos de cada uma delas, parece ser dotada, no mínimo, do mesmo valor”¹⁷⁷, conforme o princípio *do ut des* (“dou para que me dê”)¹⁷⁸.

Um consectário prático da teoria da troca é que a vinculação sinalagmática entre as prestações “deveria ser considerada no processo ainda que sem alegação do devedor”. Por essa razão, falava-se também em uma “pretensão de troca conteudisticamente limitada”¹⁷⁹.

A *teoria da exceção* (ou teoria das pretensões autônomas e excepcionáveis ou teoria da limitação interna ao conteúdo da pretensão) vindica que as pretensões das partes nascem independentes, mas estão vinculadas pelo sinalagma, que autoriza o exercício da *exceptio non adimpleti contractus* pela parte demandada a cumprir sem que a outra tenha cumprido. A independência das prestações torna necessária a alegação da exceção pelo excipiente, onde deve tão-somente provar que sua pretensão não foi satisfeita¹⁸⁰. Essa teoria prepondera na grande maioria dos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica que adotam a *enac*.

Cita-se ainda uma corrente que compreende o sinalagma como contido na *causa*¹⁸¹, por vezes embaralhando esses dois conceitos. É uma teoria difundida especialmente entre os juristas de tradição francesa, a exemplo de Domat, Pothier, Saleilles, Henri Capitant¹⁸². No Brasil,

Conforme a ‘realidade das coisas’, cada parte, ao celebrar contrato bilateral, assume a obrigação de prestar em favor da outra apenas porque tem em mira o recebimento da contraprestação (isto é, as partes celebram o contrato não para efetuar uma permuta de créditos em abstrato, mas para trocar vantagens reais). Nesse contexto, prestação e contraprestação formam um conjunto incidível, sendo um logicismo-formal irrealista pensar que o autor, mesmo quando não disponibiliza a contraprestação que lhe compete à parte contrária, teria direito subjetivo, pretensão e ação contra o demandado, cabendo a este apenas o contradireito de encobrir, arguindo tempestivamente a *exceptio*, a eficácia da pretensão daquele” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 106).

¹⁷⁷ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts*: Allgemeiner Teil. v. 1, 14.ed. München: Beck, 1987, Tradução: João Carlos Mettlach. No mesmo sentido: “De acordo com uma opinião difundida, o conceito de contrato sinalagmático identifica-se com o de contrato de escambo” (EMMERICH, Volker. *Vor §322...*).

¹⁷⁸ As seguintes expressões significam o mesmo que a expressão latina: *donnant donnant; trait pour trait e Zug um Zug*.

¹⁷⁹ Cf. EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

¹⁸⁰ Cf. GERNHUBER, Joachim. *Das schuldverhältnis...*

¹⁸¹ “Predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é, um terceiro sentido da palavra, pelo qual se vê, na causa, a função prático-social, ou econômico-social do negócio. (...). Nos contratos bilaterais, o elemento categorial inderrogável consiste em se convencionar a prestação como causa da contraprestação e vice-versa (e a causa consiste, naturalmente, na dupla realização da prestação e da contraprestação)” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4.ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 153-155).

¹⁸² “À semelhança do que vimos passar-se com Domat e Pothier e do que mais tarde ocorrerá com Capitant, também Saleilles filia aquele princípio na ideia de causa da obrigação, ao afirmar que ‘nos contratos sinalagmáticos, as duas obrigações não são apenas conexas, mas são dívidas de que cada uma delas é causa jurídica da outra; de tal forma que não é por via de favor, e sob a capa de equidade, que se permite ao devedor de uma delas não cumprir enquanto a contraparte o não fizer, mas é, sim, em virtude de um direito que para ele decorre do próprio contrato’ (ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23).

filiam-se a esse pensamento, v.g., Antônio Junqueira de Azevedo e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁸³, ressaltando-se que o Código Civil brasileiro não adotou a noção de causa, seja como elemento integrador, seja como requisito de eficácia do contrato¹⁸⁴.

Para Judith Martins-Costa, o sinalagma é *mais* que a bilateralidade, indicando que os deveres prestacionais primários das partes foram por elas interligados quando da formação do contrato, devendo ser por elas mantido:

Consabidamente, o sinalagma configura a dependência recíproca entre as respectivas obrigações, acompanhando as vicissitudes provocadas pelo tempo (sinalagma funcional), revestindo-se, pois, de ‘dimensão dinâmica, compreendendo a equivalência permanente no curso da relação’. Trata-se mais do que bilateralidade, traduzindo a ideia segundo a qual prestação e contraprestação estejam em relação de recíproca causalidade, em recíproco intercâmbio ou interdependência. O núcleo está na correspectividade, a ser mantida durante a fase de desenvolvimento da relação obrigacional¹⁸⁵.

Essa mesma constatação, da relativa independência conceitual do sinalagma em à bilateralidade serve, inclusive, de subsídio para doutrinadores subclassificarem os contratos bilaterais a partir da presença ou não do sinalagma, como Marcelo Polo, que distingue os contratos bilaterais em “contratos bilaterais *stricto sensu*” e “contratos bilaterais sinalagmáticos” (que apresentam o sinalagma).

O autor cita como exemplos de contratos bilaterais *stricto sensu* os contratos de futuro com a finalidade de *hedge* com liquidação pela diferença, nos quais as duas partes assumem obrigações (bilateralidade) as quais, contudo, não estão em relação de reciprocidade e equivalência quando contratadas (sinalagma), porque o vendedor pagará ou receberá a diferença do valor do bem considerando o valor da data do contrato e o valor da data da liquidação. Esses contratos não comportariam a *exceptio non adimpleti contractus*:

O contrato de futuros, então, é um caso, que de fato é pouco comum, que pode ser classificado como bilateral, no que tange à distribuição de obrigações aos contratantes, e como não sinalagmático, pela ausência de reciprocidade entre as prestações de cada

¹⁸³ “Essa noção de sinalagma (reciprocidade de prestações) existente na causa sinalagmática justifica, ainda, tanto a manutenção de relações contratuais propriamente ditas e originadas pelo consenso, sempre que o sinalagma permanecer presente na fase funcional, como também pode significar a mitigação desta relação se o sinalagma desaparecer, ao longo da execução do contrato. Isso ocorre exatamente porque causa sinalagmática revela ser um alargamento das fontes das obrigações, em respeito à recomposição dos deslocamentos patrimoniais” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual. A chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 93, pp. 209-228, mai./jun. 2014).

¹⁸⁴ Cf. FERREIRA SILVA, Luis Renato. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais* – Uma análise à luz da teoria da causa. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2001, p. 96.

¹⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado...* p. 706.

parte. Por não ser sinalagmático, não admite a oposição da exceção de contrato não cumprido¹⁸⁶.

Assim, apesar da doutrina ser vacilante a respeito, sinalagma não se confunde com bilateralidade¹⁸⁷, constituindo-se em um elemento a mais nos contratos bilaterais. Entretanto, não se compreende haver uma categoria autônoma de “contrato sinalagmático”¹⁸⁸ porque, antes de se alcançar essa classificação, o contrato deve ser necessariamente bilateral. Essa constatação fortalece a majoritária doutrina moderna que entende que “a referência ao contrato bilateral tem, assim, sido entendida como uma remissão para o conceito de contrato sinalagmático, com o fundamento de que só relativa a este tem sentido que se exija a realização simultânea das prestações dele emergentes”¹⁸⁹.

Pode-se, pois, compreender sinalagma como um elemento que estrutura as prestações principais das partes em um contrato bilateral pela *reciprocidade* (uma em razão da outra); pela *equivalência*, esta subjetivamente considerada pelas partes no momento da formação do contrato (sinalagma genético¹⁹⁰), mas projetada para a execução contratual (sinalagma funcional¹⁹¹) e pela *comutatividade*¹⁹².

O desequilíbrio ou desaparecimento do sinalagma funcional justificam a prescrição de remédios como a exceção de contrato não cumprido, a exceção de insegurança, a resolução

¹⁸⁶ POLO, Marcelo. Os contratos de hedge: futuro e opções. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de; ESTEVEZ, André Fernandes; RAMOS, Ricaro Ehrensperger (coord.). *Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book Kindle*, 6768.

¹⁸⁷ “Ora, antes de mais nada, cumpre dizer que, na linguagem jurídica, as palavras ‘sinalagma’ e ‘sinalagmático’, embora girando em torno de ‘troca’ e ‘reciprocidade’ oferecem alguma ambigüidade” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Natureza jurídica do contrato de consórcio...* p. 363).

¹⁸⁸ “Com a separação dos conceitos de contrato e sinalagma, difundiu-se a expressão ‘contrato sinalagmático’, significando uma classe de contratos caracterizada justamente pela existência de prestações para ambas as partes, ligadas por um nexo de interdependência” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 154).

¹⁸⁹ FONSECA, Ana Taveira da. A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito... p. 102. Também: “Um contrato bilateral (sinalagmático) é (...) um contrato em que os deveres prestacionais bilaterais dependem um do outro, tanto no momento da sua criação (‘sinalagma genético’) como durante sua execução (‘sinalagma funcional’)” (MEDICUS, Dieter; LORENZ, Stephan. *Schuldrecht I. Allgemeiner teil: ein studienbuch*, 21.ed. München: Beck, 2015, pp. 98-103. Tradução: João Carlos Mettlach).

¹⁹⁰ “Por sinalagma genético, designa-se a circunstância de que a nulidade da declaração de vontade de uma parte leva a nulidade de todo o contrato. No entanto, é duvidoso se é necessário para a ‘explicação’ desse resultado a figura de um sinalagma “genético” específico, pois é evidente que não pode haver contrato eficaz se uma das declarações de vontade necessárias para sua conclusão for nula. Nos casos dos §§134, 138, a nulidade de todo o contrato resulta da própria lei, de forma que o conceito do sinalagma genético é, de fato, completamente dispensável” (EMMERICH, Volker. *Vor §322...*).

¹⁹¹ “A dependência mútua de ambos os deveres prestacionais postos em uma relação de reciprocidade influencia também a sua exigibilidade, pois, de acordo com os §§320 a 322, uma parte só pode exigir a prestação que lhe cabe se ela estiver pronta para realizar a contraprestação que deve” (EMMERICH, Volker. *Vor §322...*).

¹⁹² “A comutatividade, caráter dos contratos ‘em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores’, também deve ser apontada como requisito da imprevisão” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 119).

por inadimplemento ou por impossibilidade superveniente e a resolução e revisão por onerosidade excessiva¹⁹³.

Mesmo que o sinalagma não suja com o nascimento do contrato (não seja genético), ele pode surgir após a conclusão dos contratos unilaterais, quando são criadas obrigações para a parte que não foi inicialmente onerada, que são os denominados “contratos bilaterais imperfeitos”.

1.1.3. O suporte fático do art. 476 do Código Civil

A. Contrato bilateral sinalagmático

A partir das constatações acima, é possível considerar que o suporte fático da *exceptio non adimpleti contractus* é o que se denominará, para os fins deste trabalho, de *contrato bilateral sinalagmático* (cria obrigações para as duas partes, com o *plus* da reciprocidade e equivalência).

Nessa linha, justamente porque as partes obrigaram-se *reciprocamente* - uma prestação em razão da outra -, em prestações que elas considerem subjetivamente *equivalentes* e que sejam *comutativas*, é que uma delas não pode exigir o cumprimento da parte adversa sem ter antes cumprido.

Do contrário, tem-se o fundamento para a oposição da *exceptio non adimpleti contractus* pelo réu-excipiente que poderá, como se pretende colocar luzes neste trabalho, suspender *sonte propria* o cumprimento de sua prestação, no exercício de autotutela contratual.

É importantíssimo ter isso em mente, porque a classificação de um determinado contrato como bilateral não implica que também sejam bilaterais todas as obrigações que dele se irradiam¹⁹⁴. Somente as prestações que se apresentam sinalagmaticamente se sujeitam à *enac*¹⁹⁵.

¹⁹³ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. Sinalagma funcional e contratos de prestação de serviços educacionais: efeitos da pandemia de Covid-19 sobre o equilíbrio dessas relações. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Siji (coords). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-10*. v. 2. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2020, pp. 535-565, p. 540.

¹⁹⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil...* p. 771.

¹⁹⁵ GRÜNEBERG, Christian. §320...; PERSICO, Giovanni, L'Eccezione... p. 2-3.

Assim, institutos como a *exceptio non adimpleti contractus*, a *exceptio non rite adimpleti contractus*, a exceção de insegurança e a revisão por onerosidade excessiva não são remédios necessários nos ditos “contratos bilaterais *stricto sensu*”, onde existem pura e simplesmente obrigações entre as partes. Como esses remédios restabelecem a reciprocidade e a equivalência entre as prestações, seriam inócuos onde essas características não estão presentes.

B. Contrato bilateral imperfeito

A *exceptio non adimpleti contractus* também poderá incidir nos denominados “contratos bilaterais imperfeitos”. Essa nomenclatura, que se contrapõe aos “contratos bilaterais perfeitos”, é bastante difundida na doutrina tradicional.

Segundo Aubry e Rau, nos contratos bilaterais perfeitos, as partes assumem compromissos recíprocos como decorrência do próprio acordo, que é pautado pela equivalência entre as obrigações assumidas por cada parte, de um lado, e a prestação a que cada qual faz jus perante a outra¹⁹⁶. Já nos contratos bilaterais imperfeitos, o efeito imediato do acordo é gerar obrigações para apenas uma das partes, mas, após a formação do contrato, e em virtude de circunstâncias acidentais, surgem obrigações para a outra parte¹⁹⁷.

Assim, os contratos bilaterais imperfeitos são contratos que, embora originalmente unilaterais, adquirem uma compleição bilateral no curso de sua execução, em razão do superveniente nascimento de obrigações imputáveis à contraparte¹⁹⁸: “os deveres a cargo de ambas as partes não surgem em toda realização de troca, pois as partes não assumem o seu dever com vistas a receber a prestação da outra parte na qualidade de contraprestação”¹⁹⁹.

São exemplos de contratos bilaterais imperfeitos o contrato de depósito e de mandato gratuito, nos quais, muito embora apenas o depositário ou o mandatário assumam obrigações originalmente, podem surgir, no curso da execução, obrigações para o depositante ou

¹⁹⁶ AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles Frédéric. *Cours de droit civil français...* p. 469.

¹⁹⁷ AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles Frédéric. *Cours de droit civil français...* p. 469.

¹⁹⁸ “Os contratos bilaterais são, usualmente, definidos como os contratos dos quais emergem obrigações para ambas as partes. A estes contrapõem-se os contratos unilaterais enquanto contratos dos quais resultam obrigações só para uma das partes” (FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 101).

¹⁹⁹ EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

mandante²⁰⁰ (como as de ressarcir a outra parte por eventuais despesas efetuadas, ou até compensá-la por eventuais prejuízos sofridos em razão do contrato)²⁰¹.

Na doutrina brasileira, Carvalho Santos define os contratos bilaterais perfeitos como aqueles que obrigam ambas as partes desde sua formação, momento em que cada uma das partes resta imediatamente obrigada perante a outra. Seriam contratos bilaterais imperfeitos aqueles que, por ocasião de sua formação, apenas obrigam uma das partes, mas que passam a obrigar a outra de forma superveniente²⁰².

Essa classificação dos contratos bilaterais em perfeitos e imperfeitos é rechaçada por parte considerável da doutrina²⁰³. O principal argumento utilizado para a crítica é de que o contrato bilateral imperfeito não deixaria de ser um contrato unilateral, sujeitando-se ao regime jurídico do último. Parte-se do pressuposto de que é o momento da conclusão do contrato que dita seu caráter unilateral ou bilateral, sendo irrelevante o surgimento acidental de obrigações posteriores à sua formação.

Sem entrar no mérito das discussões doutrinárias sobre a pertinência da categoria “contrato bilateral imperfeito”, o que já se expôs anteriormente, importa mencionar que, dentre os que a admitem, há divergência sobre aplicabilidade da *enac* aos contratos bilaterais imperfeitos.

²⁰⁰ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. 15, 10.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 236: “É o que se verifica, por exemplo, quando o depositário faz despesas com a conservação da coisa ou para executar o mandato. Chama-se ‘*actio directa*’ a ação que nasce da obrigação principal e ‘*actio contraria*’ a que nasce de uma obrigação meramente incidente”.

²⁰¹ No caso do contrato de depósito, essa previsão consta no art. 643 do Código Civil de 2002: “O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem.” No caso do mandato, dispõe o art. 678: “É igualmente obrigado o mandante a ressarcir ao mandatário as perdas que este sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou de excesso de poderes”.

²⁰² CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*... pp. 235-236.

²⁰³ Segundo Darcy Bessone, há resistência da doutrina em relação à distinção entre contratos bilaterais perfeitos e imperfeitos. Isso porque, conforme argumenta o autor, os contratos bilaterais imperfeitos não deixam de ser contratos unilaterais, já que o que importa para essa categorização é “a essência da convenção, fixada no momento da formação do acordo de vontades” – ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 29. Em igual sentido, afirma Sílvio Venosa: “A doutrina critica, com razão, a categoria dos contratos *bilaterais imperfeitos*. Seriam os contratos originalmente unilaterais, nos quais, posteriormente à celebração, durante sua vigência, surgem obrigações para a parte não onerada, em razão de acontecimentos acidentais. É o caso do depósito em que o depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa e os prejuízos que do depósito advierem (art. 643). No entanto, a distinção entre contratos unilaterais e contratos bilaterais deve ter em mira o momento do aperfeiçoamento do contrato e não qualquer momento posterior. Cumpre examinar a natureza do contrato no momento de sua geração.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 55).

Há quem negue essa aplicabilidade, afirmando que tal exceção apenas caberia para contratos bilaterais perfeitos ou puros²⁰⁴. Argumenta-se, para rejeitar essa incidência, que nesses contratos inexistente vínculo de conexão entre as prestações devidas, não se aplicando o princípio da execução simultânea²⁰⁵.

No entanto, concorda-se com Thomas Genicon, que defende a incidência da *exception non adimpleti contractus* nos contratos bilaterais imperfeitos. Esse autor parte da constatação de que os arts. 1.219²⁰⁶ e 1.220²⁰⁷ do *Code Civil*, incluídos pela *Ordonnance* nº 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, não fazendo remissão ao contrato sinalagmático, deixa aberta a via de aplicação do remédio diante da existência de prestações contrapostas.

Genicon argumenta ser mais realista compreender o alcance da exceção de incumprimento aos casos em que a necessidade de recorrer a ela surja espontaneamente, ou seja, sempre que existam prestações opostas na prática, por assim dizer, além de que a referência ao contrato sinalagmático nunca foi considerada nos trabalhos preparatórios sobre o tema da resolução e, portanto, lógico que não seja em relação à exceção de não cumprimento do contrato²⁰⁸.

No mesmo sentido, entende Cesare Massimo Bianca, em face do sistema italiano, que a *enac* deve ser admitida nos contratos bilaterais imperfeitos, quando o responsável principal tivesse direito ao pagamento dos meios necessários empregados na execução do contrato e das

²⁰⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 6, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 730.

²⁰⁵ Nesse sentido: “É que estes contratos geram inicialmente obrigações apenas para uma das partes, só mais tarde podendo surgir, no desenvolvimento da relação contratual, obrigações para a outra, não havendo, por isso, entre essas obrigações o nexo de causalidade, de correspectividade e interdependência próprio do sinalagma (do ut des). Por esta razão, não há neles lugar à *exceptio non adimpleti contractus*” (CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória...* p. 309). Dessa sorte, ao interessado restaria, se for o caso, mero direito de retenção, mas não a *exceptio*, conforme afirma AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil...* p. 730.

²⁰⁶ “Art. 1.219. Uma parte pode recusar-se a cumprir sua obrigação, mesmo que exigível, se a outra [parte] não executar a sua e se esta inexecução for suficientemente grave”.

²⁰⁷ “Art. 1.220. Uma parte pode suspender a execução de sua obrigação desde que seja manifesto que o outro contratante não cumprirá a tempo e que as consequências desta inexecução sejam suficientemente graves para ela. Esta suspensão deve ser notificada dentro do melhor prazo”.

²⁰⁸ GENICON, Thomas. *L’exception d’inexécution...* p. 313. No original: “Il est beaucoup plus réaliste de faire correspondre le domaine d’application de l’exception d’inexécution aux cas dans lesquels le besoin d’y recourir se fait spontanément ressentir, c’est-à-dire dans n’importe quel contrat à chaque fois qu’il existe des prestations en regard. Du reste, la référence au contrat synallagmatique n’a jamais été envisagée lors des travaux préparatoires au sujet de la résolution et il était donc logique de retenir la même solution pour l’exception d’inexécution”.

dívidas decorrentes²⁰⁹. E, para o Direito espanhol, essa aplicabilidade é também defendida por María Cruz Moreno²¹⁰.

Acredita-se que a mesma lógica exposta para os contratos bilaterais sinalagmáticos sirva para os contratos bilaterais imperfeitos: uma vez que existam prestações reciprocamente consideradas (ainda que surgidas no curso do contrato, após sua formação), com equivalência e comutatividade, está aberta a via da *enac*.

C. Contratos coligados

Rodrigo Xavier Leonardo define, sob o gênero “contratos coligados em sentido amplo”, os contratos que se vinculam por uma *causa sistemática* ou, em outros termos, são contratos que se vinculam por uma operação econômica que se sobrepõe às operações econômicas individualizadas em cada contrato²¹¹.

Ainda para o autor, os contratos coligados em sentido amplo podem ser classificados em (i) contratos coligados em sentido estrito (quando a fonte da coligação está na lei); (ii) contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes e (iii) redes contratuais (o nexos econômico que liga os contratos é estável, funcional, sistemático e se destina à oferta de produtos e serviços ao mercado, para consumo²¹²).

Na França, antes mesmo da reforma que admitiu expressamente no *Code* a exceção de inexecução, havia arresto da Corte de Cassação admitindo, em caso de contratos coligados, a suspensão da prestação em um contrato como resposta ao incumprimento do cocontratante em outro contrato do mesmo grupo²¹³.

A decisão, como reforça Thomas Genicon, exigiu a caracterização da interdependência entre os contratos e uma reciprocidade entre a obrigação violada e a obrigação suspensa pelo

²⁰⁹ Cf. BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. v. 5. Milano: Giuffrè, 1994, p. 332. No original: “L’eccezione deve reputarsi ammissibile nei contratti c.d. bilateral imperfetti (es. mandato, deposito, ecc), anche se a titolo gratuito, quando l’obbligato principale abbia diritto alla corresponsione dei mezzi necessari per l’esecuzione del contratto e degli impegni connessi a tale esecuzione”.

²¹⁰ “La solución propuesta respecto de los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos, en el sentido de aplicar a los mismos la regla del cumplimiento simultáneo está además avalada por la tradición histórica ininterrumpida de la exceptio, pues desde Bartolo se admite que basta para poder alegarla que el contrato engendre por su naturaleza obligaciones para ambas partes, actual o eventualmente” (CRUZ MORENO, María. *La “exceptio non adimpleti contractus”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 50-51).

²¹¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRADELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

²¹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados...*

²¹³ GENICON, Thomas. L’exception d’inexécution... p. 313.

excipiente, de modo que uma fosse contrapartida da outra²¹⁴. O autor ainda afirma que, diante da redação do novo artigo 1.219 do Código francês, aparentemente tal solução não é possível, pois a letra da lei fala em “uma parte” e “outra”, dando a entender tratar-se de partes de um único contrato. Mas, continua, seria só uma aparência, porque o texto legislativo não é obstáculo dirimente da aplicação da *exception d’inexécution* em situações contratuais mais complexa²¹⁵.

No âmbito dos contratos empresariais brasileiros, o Enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, sintetizou a seguinte opinião doutrinária: “Os contratos empresariais coligados, concretamente formados por unidade de interesses econômicos, permitem a arguição da exceção de contrato não cumprido, salvo quando a obrigação inadimplida for de escassa importância.”

Entretanto acredita-se que, no Direito brasileiro e diante do estágio das soluções para as crises contratuais em contratos coligados, o tema sobre a incidência da *enac* sobre eles ainda está carente de soluções mais criteriosas (e legisladas). O ideal, de fato, seria a regulamentação mais precisa das situações contratuais complexas, pacificando as possibilidades de aplicação do remédio.

Essa cautela também é harmônica com a proposta deste trabalho, que é não estender a *exceptio non adimpleti contractus* para muito além dos escassos contornos legislativos extraídos da prescrição legal da figura, para não desfigurar sua aplicação que pode ocorrer extrajudicialmente, inclusive.

Lê-se essa mesma advertência em Ricardo Dal Pizzol, para quem a possibilidade de aplicação da *enac* aos contratos coligados deve-se fazer de maneira muito criteriosa²¹⁶, preferencialmente formando-se grupos de casos para que os precedentes sejam seguros no âmbito de aplicação do remédio.

²¹⁴ GENICON, Thomas. L’exception d’inexécution... p. 313.

²¹⁵ GENICON, Thomas. L’exception d’inexécution... p. 314.

²¹⁶ “Assim, conclui em termos gerais Francisco Paulo De Crescenzo Marino, o inadimplemento de parte diversa em contrato coligado será oponível desde que haja, entre o inadimplente e o excepto, comunhão de interesses, normalmente representada pela atuação concertada acima descrita, ou desde que, de outro modo, a parte que opõe a *exceptio* tenha a expectativa legítima ‘de que as prestações das contrapartes se vinculavam de tal modo que nenhuma delas poderia exigir contraprestação sem que a outra também adimplisse.’ Essa expectativa legítima terá de ser aferida à luz da causa concreta dos contratos e das circunstâncias relevantes (boa-fé e usos daquele modelo negocial; qualificação das partes; comportamento anterior e posterior à conclusão dos contratos; se o inadimplemento do terceiro pertencia à esfera de controle da parte a quem se opõe a exceção; etc.). Apenas nessas condições, é possível cogitar, conclui o autor, a nosso ver acertadamente, de tornar oponível a *exceptio* perante o terceiro, como exceção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 340).

1.2. Os deveres de prestação (primários e secundários)

Uma vez compreendido o que se entende ser o suporte fático do art. 476, do Código Civil – o contrato bilateral sinalagmático -, deve-se explorar a natureza das prestações que estão recíproca, equivalente e comutativamente vinculadas, cujo descumprimento autoriza o manejo da *exceptio non adimpleti contractus*. Essa exploração deve considerar a dimensão do instituto que se quer ressaltar – de legítima autodefesa contratual -, assim como o objetivo de fortalecimento do remédio.

A natureza dos deveres prestacionais que compõem um contrato bilateral sinalagmático são, *por princípio*, os deveres de prestação primários e secundários²¹⁷. Sustenta-se que é em relação a esses deveres prestacionais que incide a *enac*.

Em outros termos, considerando que o excipiente pode, *sponte propria*, suspender o cumprimento de sua prestação, essa suspensão deve, preferencialmente, orientar-se para o *conteúdo obrigacional certo e determinado* ao qual as partes se *vincularam* por declarações de vontade ou em decorrência da lei, o que excluiria, a princípio, os chamados deveres laterais²¹⁸, derivados da cláusula geral da boa-fé.

Como constata Volker Emmerich a respeito da *exceptio non adimpleti contractus* no BGB, o instituto aplica-se aos deveres de prestação²¹⁹ prestacionais que estejam em relação de reciprocidade. Entretanto, os deveres que estão sinalagmaticamente dispostos são os deveres que as partes convencionaram, vínculo que não pressupõe abstrações. Afinal, alçar um dever lateral à categoria de dever de prestação sempre está ao alcance das partes, que podem pactuar por qualquer forma admitida. Veja-se a referida citação:

Por fim, são as partes que decidem a respeito da abrangência e da função da vinculação sinalagmática dos deveres prestacionais recíprocos (§311, I). As partes podem determinar sobretudo quais deveres prestacionais devem ser considerados em relação de reciprocidade e como deve ser configurada essa vinculação em específico. Elas também podem fazer com que os deveres subordinados [laterais] sejam considerados deveres prestacionais principais, ficando assim na relação de reciprocidade²²⁰.

Assume-se essa posição mais restritiva do conceito de sinalagma mesmo compreendendo-se a tendência de alargamento dos deveres obrigacionais nos sistemas da

²¹⁷ Expressão já definida na nota de rodapé n. 21, para os fins dessa tese.

²¹⁸ Expressão já definida na nota de rodapé n. 21, para os fins dessa tese.

²¹⁹ Expressão já definida na nota de rodapé n. 21, para os fins dessa tese.

²²⁰ EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

família romano-germânica, no contexto da obrigação complexa²²¹ e com fundamento no princípio da boa-fé objetiva considerada como fonte geradora de deveres não diretamente ligados aos deveres prestacionais, mas que também adstringem²²² as partes.

Da obra de Ricardo Dal Pizzol, retira-se os seguintes exemplos de dois contratos de compra e venda que ilustram o raciocínio ora desenvolvido²²³.

O primeiro contrato de compra e venda tem por objeto um carro de passeio comum, onde não foi entregue o manual de instrução pelo vendedor e o comprador, por esse motivo, suspendeu o pagamento. Como a não entrega do manual de instrução não impediu o comprador de utilizar o veículo, mesmo sem conhecer todas as suas funcionalidades, entende o autor que a *enac* não poderia ser oposta.

O segundo contrato tem por objeto uma máquina industrial complexa desenvolvida especificamente para o comprador onde, a ausência do manual de instruções impediu que o comprador não conseguisse funcionar a máquina. Nessa hipótese, o autor sugere, com bastante cautela, que poderia ser oposta a *enac*, considerando que “o descumprimento desse dever tem impacto mais significativo no interesse do credor e na causa concreta do negócio”²²⁴.

Entretanto, entende-se que, no segundo exemplo, sendo o manual de instruções essencial para o funcionamento da máquina, deveria constar no rol dos deveres de prestação expressamente declarados (por qualquer forma) pelas partes, assim como eventual curso de treinamento para operar o instrumento.

A interpretação restritiva da incidência da *enac*, como ora sustentado, tem a seu favor, no mínimo, dois fortes fundamentos.

O primeiro fundamento repousa nas características difusas dos deveres anexos e de proteção (deveres laterais), derivados do princípio da boa-fé objetiva, que não têm conteúdo

²²¹ “Transposto ao direito obrigacional, o conceito passa a servir de base à noção de *obrigação*, concebida como toda *relação jurídica* que seja dotada de um específico objeto: a *prestação*. Desta forma, a obrigação passou, dogmaticamente, a ser vista com a estrutura simples da relação jurídica, ou seja: sujeitos, objeto, vínculo e garantia (...). Contudo essa definição oitocentista caracteriza-se por ser por demais restritiva, não conseguindo, assim, explicar vários fenômenos decorrentes de um fato jurídico gerador de vínculo obrigacional, tal como a relação integral decorrente de um contrato” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 55-59).

²²² “Num contrato, há sempre adstrições a cargo de ambas as partes. Mesmo nos contratos não-sinalagmáticos, como os contratos meramente organizatórios (sociedade) ou nos gratuitos, como a doação, o comodato, o depósito ou o mandato não-retribuído, as partes ficam envolvidas em prestações secundárias e em deveres acessórios” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. v. 7. Coimbra: Almedina, 2016, p. 199).

²²³ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 177-178.

²²⁴ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 178.

determinado podendo, inclusive, sequer serem intuídos pelas partes, uma vez que são deveres que podem ser “detectados” antes do nascimento do vínculo obrigacional e perdurarem após sua extinção, como sustenta a doutrina.

Não se está diminuindo a importância desses deveres e tampouco do princípio da boa-fé. Ao contrário. Preservam-se os institutos jurídicos quando os resguardam. Por outro lado, não há ainda no Brasil uma legislação como a que modernizou o Direito das Obrigações na Alemanha, que reconduza com clareza a noção de obrigação à noção de “deveres provenientes da relação obrigacional”, do §241, do BGB²²⁵.

Assim, ainda que o Código Civil prescreva os princípios da boa-fé (art. 422) e da função social do contrato (art. 421); e ainda que doutrina e jurisprudência venham há tempos trabalhando para aportar critérios as essas cláusulas gerais, o fato é que ainda não há uma positivação suficiente dos deveres deles decorrentes.

As consequências que são defendidas considerando-se a violação daqueles princípios não são, afinal, triviais: defende-se, a partir da violação da boa-fé, o incumprimento resolutório²²⁶.

Trata-se de verdadeira contratualização de situações jurídicas que, a princípio, não caberiam nos limites das sanções do direito contratual. Como o espectro daquelas situações é quase que infinito, os operadores do direito têm dificuldades na construção de paradigmas regulares para a incidência daqueles princípios²²⁷.

Mais uma vez socorrendo-se em Volker Emmerich em interpretação ao BGB, os deveres prestacionais em relação sinalagmática não podem ser abstratamente considerados, mas dependem de convecção das partes, qualquer que seja, uma vez que “as partes são livres para

²²⁵ Cf. MENEZES CORDEIRO, António. A modernização do direito das obrigações. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA) de Portugal*, ano 62, v. II, pp. 319-345, abr. 2002, p. 329. O mesmo autor assim traduz o §241, do BGB: “(1) Por força da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir uma prestação ao devedor. A prestação pode também consistir numa omissão. (2) A relação obrigacional pode obrigar, conforme o seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra”.

²²⁶ STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual...* p. 239 e ss.

²²⁷ “O âmbito de aplicação do §320 limita-se aos deveres prestacionais nascidos de um contrato eficaz (...), que estejam em relação de troca ou reciprocidade, ao passo que, em caso de outros deveres prestacionais, nasce apenas um direito de retenção baseado no §273. A afirmação da existência desses deveres prestacionais não pode ser feita abstratamente, mas depende da convenção das partes. Saber se o dever em questão pertence a um dever prestacional principal ou subordinado (lateral) é apenas uma das circunstâncias que devem ser levadas em consideração, pois as partes são livres para considerar o adimplemento dos ‘deveres subordinados (laterais)’ em relação de reciprocidade com os deveres prestacionais da outra parte e torná-los, por assim dizer, deveres principais” (EMMERICH, Volker. *Vor §322...*).

considerar o adimplemento dos ‘deveres subordinados (laterais)’ em relação de reciprocidade com os deveres prestacionais da outra parte e torná-los, por assim dizer, deveres principais”.

A segurança jurídica das relações privadas é, pois, o segundo fundamento para a interpretação restritiva da incidência da *enac* ora proposta considerando, principalmente, que ela também pode ser exercida sem a mediação do Poder Judiciário.

A legitimação desse exercício de autotutela contratual é, sem dúvida, um bônus conferido pelo ordenamento aos contratantes, mas que deve ser acompanhado de um ônus, qual seja, maior rigor na interpretação das hipóteses de incidência do instituto, para que não deixe de ser eficaz na função de reequilibrar o sinalagma funcional e reposicionar o contrato no caminho do adimplemento pelas próprias partes.

Como afirma Otavio Luiz Rodrigues Jr., o problema da aplicação sem moderação dos princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados ao Direito Civil está na abertura que fornecem a um conteúdo axiológico subjetivamente aplicado pelos operadores do direito, substituindo-se aos antigos axiomas privatísticos de solidez comprovada por séculos de escrutínio social:

Tem-se como exemplo decisões judiciais marcadas pela “síndrome de Sherwood”. Os contratos de Direito Civil, em tese paritários, são o âmbito ideal para que os juízes se convertam em “Robins dos Bosques” e tirem dos ricos para dar aos pobres. Velhos axiomas como o *pacta sunt servanda*, que já foram devidamente flexibilizados pelos inegáveis avanços das teorias ligadas à alteração de circunstâncias, são antagonizados como se foram verdadeiros anátemas. A intervenção judicial nos contratos, que deveria ser exceção, torna-se a regra²²⁸.

Assim, tem-se que nos termos do art. 476, do Código Civil, o suporte fático da exceção de contrato é o contrato bilateral sinalagmático, que cria mais de duas obrigações contrapostas entre duas partes (no mínimo, uma obrigação para cada parte). Na interpretação ora proposta para incidência da *exceptio non adimpleti contractus*, as prestações que estão em relação sinalagmática e que autorizam a oposição do remédio são as que têm relação de reciprocidade (uma em razão da outra), equivalência e comutatividade. Essa proposta de aplicação da *enac* focaliza, em especial, sua característica de autotutela contratual.

²²⁸ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Revista Meritum, da Fundação Mineira de Educação e Cultura*, v. 5, n. 2, pp. 13-52, Belo Horizonte: Universidade FUMEC, jul./dez. 2010, p. 31.

1.3. A relação entre *enac* e o tempo do contrato

1.3.1. *Deveres de prestação antecipada. Exigibilidade das prestações*

A *enac* pode, assim entende-se, ser exercida mesmo diante de deveres de prestação antecipada para uma das partes. Em outras palavras, a *obrigação* que uma parte tem de cumprir primeiro, *isoladamente considerada*, não é à princípio impeditivo para a incidência do remédio.

No contrato bilateral sinalagmático as prestações podem ter cumprimento simultâneo (ou *trait pour trait*), mas também permite o ordenamento que tenham cumprimento sucessivo: “que um dos contratantes cumpra ou tenha de adimplir antes do outro, resultando na sucessividade das prestações”²²⁹.

A simultaneidade ou a sucessividade no cumprimento das prestações em um contrato bilateral sinalagmático não o caracteriza nem o descaracteriza como tal. Essa constatação força a conclusão de que aquelas características das prestações não podem ser, automaticamente, empecilhos para a incidência da *enac*.

Por outro lado, a *enac* só será efetiva se puder atuar na restauração do sinalagma e no reposicionamento do contrato para o caminho do adimplemento, exercendo competente pressão sobre o excepto. Entende-se que esses objetivos podem ser alcançados a depender de como o sinalagma foi estruturado pelas partes no tempo do contrato, caso ele não esteja irremediavelmente desequilibrado, *i.e.*, quando o incumprimento e a quebra do contrato já estão objetivamente configurados e não se terá mais utilidade/possibilidade em recolocar o contrato no adimplemento.

Acrescente-se que não consta na redação do art. 476 do Código Civil disposição semelhante à do §320 (1) do BGB, que diz expressamente que a *enac* não se aplica caso uma das partes esteja obrigada a prestar antecipadamente:

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

§320. Exceção de contrato não cumprido

(1) Aquele que está obrigado com base em um contrato sinalagmático, pode se recusar à realizar a sua prestação até a realização da contraprestação, a não ser que esteja obrigado a prestar antecipadamente.

²²⁹ ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento... p. 23.

Mesmo a redação explícita do BGB – expressa na não disponibilização da *enac* à parte que tiver que prestar antecipadamente – é relativizada pela doutrina alemã, como consta Volker Emmerich, que distingue os deveres de prestação antecipada em não-permanentes e permanentes.

Os primeiros (não-permanentes), têm termo de exigibilidade previamente determinados para as prestações das partes, exigindo-se as prestações posteriores independentemente do cumprimento da prestação anterior. Vencendo-se a obrigação anterior de uma das partes, pode a outra legitimamente exercer a *enac*, não cumprindo sua prestação futura próxima até o cumprimento simultâneo das prestações²³⁰.

Os deveres de prestação antecipada permanentes, são aqueles nos quais a incumprimento da prestação no tempo caracteriza o inadimplemento da parte²³¹.

Ricardo Dal Pizzol também examina o funcionamento da *enac* em alguns *contratos de duração*, que classifica em *contratos de execução continuada*, nos quais a “prestação é única, mas ininterrupta, como no contrato de sociedade”²³²; e *contratos de execução periódica* ou *trato sucessivo*, nos quais as prestações são periódicas e repetidas, podendo ter regularidade (contratos de locação) ou não ter regularidade (contratos de prestação esporádica de serviços)²³³.

Nos contratos de duração, o *tempo* é o elemento que estrutura as *atribuições obrigacionais* entre as partes, diferindo-os dos contratos instantâneos, que “são os contratos de execução única, que ‘se cumprem por uma só prestação, no momento estipulado, como a compra e venda de um objeto com pagamento integral, embora com prazo ou ‘que se exaurem num só momento’”²³⁴.

Os *contratos de locação* situam-se dentre os contratos de duração de execução periódica com regularidade (entende-se equivalerem aos contratos de prestação antecipada não-permanentes, na linguagem de Volker Emmerich).

²³⁰ EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

²³¹ Cf. EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

²³² DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 349.

²³³ “Normalmente, os contratos de duração consubstanciam, nos dizeres de Giuliana Bonanno Schunck, relações de confiança e dependência, de maior complexidade e dinamismo no desenrolar do um só momento é impraticável, exigindo um comportamento positivo ou negativo que se distende no tempo. As duas partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas em intervalos estabelecidos, por prazo determinado ou indeterminado” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 350).

²³⁴ RODRIGUES JUNIOR. Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos...* pp. 120-212.

O locador disponibiliza a coisa locada, em condições de uso, por determinado período de tempo. A prestação do locador não é instantânea, como à primeira vista pode parecer. É permanente, porque faz parte de seus deveres prestacionais disponibilizar o bem locado sem vícios que impeçam seu uso durante a vigência contratual. Se o imóvel for acometido de vícios de manutenção que impeçam sua utilização²³⁵, tratar-se-á de um desequilíbrio do sinalagma funcional que autorizará a suspensão do pagamento dos aluguéis futuros pelo locatário até que o sinalagma seja restabelecido.

Porém, a reestruturação do contrato se faz *simultaneamente*, ou seja, as partes cumprem seus deveres não cumpridos contemporaneamente.

Também podem figurar no rol de contratos de duração de execução periódica, contratos de fornecimento e contratos de prestação de serviços onde, em regra, estrutura-se que “o conjunto das prestações parciais (parcelas), pagas pelo comprador e avançadas antecipadamente, está em relação de reciprocidade com a contraprestação do vendedor”²³⁶.

Assim, a mora ou o mal cumprimento da prestação pelo vendedor (qualitativa e quantitativamente considerada) autorizam, respectivamente, a *exceptio non adimpleti contractus* e a *exceptio non rite adimpleti contractus* (tratada adiante) pelo comprador quanto a parcelas futuras, caso o remédio permita o reequilíbrio do contrato. Também aqui as prestações das partes serão simultaneamente adimplidas. O contrário também é válido, ou seja, o vendedor pode suspender o cumprimento de suas prestações até que o comprador pague as prestações que restabeçam o sinalagma.

O *requisito* objetivo para o exercício da *enac* é que as prestações das partes sejam exigíveis, como se extrai da redação do art. 476 do CC (mesmo que obscura). A função desse remédio é, pois, recolar o contrato no seu programa contratual possibilitando o cumprimento das prestações pelas partes, o que se faz simultaneamente.

Por essa razão entende-se que não necessariamente o dever de prestação antecipada de uma das partes é empecilho ao seu exercício. Tudo dependerá da possibilidade ou não se de reestruturar o sinalagma.

²³⁵ Como defendido ao longo desse trabalho, entende-se que o vício de manutenção que autoriza o comportamento defensivo do locatário seja o que impede o uso da coisa de acordo com a finalidade contratada, não meros descumprimento de deveres derivados da boa-fé (como ausência de informação ao locatário de que a entrada para o prédio poderia ser parcial e temporariamente interdita para manutenção).

²³⁶ EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

Caso as partes assinalem termos distintos para o vencimento de cada prestação, a *enac* só poderá ser mobilizada pela parte no vencimento da prestação do credor: é o princípio de igual trato das dívidas vencidas²³⁷. Bem didático a esse respeito é o Código Civil do Québec (art. 1591):

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

Dessa forma, o dever de prestação antecipada não é, a princípio, impeditivo para aplicação da *enac*. Para que o remédio seja efetivo, deve-se examinar como o sinalagma foi contratualmente estruturado no tempo; se já não está definitivamente rompido; e se há utilidade/possibilidade de reinserção do contrato no programa contratual. O requisito é que as prestações das partes sejam exigíveis, quando se possibilitará o cumprimento simultâneo.

1.3.2. A simultaneidade é efeito da *enac*

A simultaneidade integra o momento do *cumprimento* das prestações, ou seja, trata-se de *efeito* da *enac*.

Contudo, nem sempre é exequível o cumprimento simultâneo das prestações, porque há circunstâncias concretas nas quais a troca das prestações com sincronicidade é faticamente impossível ou difícil de ocorrer, a exemplo de quando as partes têm domicílios em lugares diversos²³⁸.

Acrescenta-se a realidade da logística da execução dos contratos do mundo contemporâneo: o contexto da atualidade não é o mesmo dos mercados medievais de práticas corriqueiras de escambo, onde nasceu a *exceptio non adimpleti contractus*.

Tanto que a lógica que preside os contratos de compra e venda regulados pela Convenção de Viana ou CISG (Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias), que é uma lógica econômica, traz um certo desequilíbrio entre o

²³⁷ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 342-347.

²³⁸ EMMERICH, Volker. *Vor §322...* Lê-se no mesmo autor: “O §320 parte do pressuposto de que, nos contratos sinalagmáticos, as prestações postas em relação de reciprocidade devam ser realizadas simultaneamente. Isso corresponde, de fato, à ideia de que os contratos sinalagmáticos servem à troca de prestações. Essa troca de prestações, porém, não se pode realizar sem dificuldades, sobretudo quando as partes do contrato têm domicílio em lugares diversos. Isso também acontece nos contratos de prestação continuada, como na locação, em que costumeiramente uma parte tem de prestar antecipadamente” (*op. cit.*).

comprador e o vendedor (como se verá no Capítulo 3). Na CISG o vendedor, para opor a *enac* deve começar a cumprir sua obrigação antes, para depois impedir seu adimplemento em face do inadimplemento alheio²³⁹.

1.4. Outras questões relativas à incidência da *enac*

1.4.1. O problema da gravidade do incumprimento do *excepto*

Tema também atinente aos limites da incidência da *exceptio non adimpleti contractus* é o requisito da gravidade do incumprimento alheio, que autoriza a suspensão da prestação pelo excipiente.

Trata-se do problema que pode ser enquadrado na *exceptio non rite adimpleti contractus*, uma figura parcelar da *enac* na qual até há alguma execução, mas com falha do ponto de vista qualitativo ou quantitativo.

No direito brasileiro, a lei não exige o requisito da gravidade do incumprimento para autorizar o uso da *enac* (o art. 476 é silente a respeito), ao contrário do Código Civil francês reformado, que exige um descumprimento “suficientemente grave”²⁴⁰.

Segundo Thomas Genicon, é preciso atentar-se ao fato de o artigo não mencionar “grave”, mas “suficientemente grave”. Isso representa a codificação da tendência, consolidada na Corte de Cassação, de admitir a *enac* conforme as circunstâncias do caso indiquem uma gravidade concreta, não se fixando um parâmetro abstrato e apriorístico de gravidade²⁴¹. Voltaremos à *exceptio rite non adimpleti contractus* no Capítulo 4.

²³⁹ “Artigo 58

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar à sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com a presente Convenção. O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos.

(2) Se o contrato envolver transporte das mercadorias, o vendedor poderá expedi-las com a condição de que as mercadorias ou os documentos que as representarem só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço”.

²⁴⁰ “Art. 1.219. Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave”.

²⁴¹ GENICON, Thomas. L'exception d'inexécution... p. 322.

1.4.2. Aplicabilidade ao incumprimento devido a força maior

A *enac*, como autodefesa de que se lança mão em face do inadimplemento alheio, não exige que tal incumprimento seja culposo. Diferentemente da regra geral da resolução contratual e do pagamento de perdas e danos, que nos sistemas de *civil law* em geral exigem culpa do devedor, a *enac* só depende do incumprimento.

Assim, a princípio, mesmo que o incumprimento da outra parte deva-se a força maior, pode-se reter a prestação, efetivando-se a suspensão correspondente à *enac*. É dizer, a origem da inexecução não interessa para o recurso à *enac*²⁴².

Em ordenamentos que exigem que o incumprimento seja “suficientemente grave” para autorizar a *enac*, a situação pode ser mais delicada, porque a origem fortuita do inadimplemento pode ter algum efeito sobre essa apreciação da “gravidade”²⁴³. No entanto, como o ordenamento brasileiro não exige essa gravidade, parece que se pode admitir que o incumprimento, mesmo fortuito, autoriza em todo a *exceptio non adimpleti contractus*.

Afinal, considerando que já se propõe aqui uma interpretação mais restritiva do acesso a esse remédio (notadamente aos casos de descumprimento de dever lateral), pensa-se ser oportuno admitir uma maior abertura em outras situações, como o incumprimento devido a força maior. É claro que, caso a situação se convole em demanda resolutória, então a origem do incumprimento terá de ser discutida.

1.4.3. Inaplicabilidade à obrigação natural

A obrigação natural corresponde a uma categoria na qual falta o elemento ação. Existe o direito, mas é um direito desprovido da exigibilidade coativa. É uma opção jurídica para determinadas situações que ficam na dependência da ordem moral, como dívidas de jogo e de aposta, notadamente.

Tanto existe o direito nas obrigações naturais, que não se repete o pagamento espontâneo feito para cumprir obrigação natural, conforme o art. 882 do Código Civil²⁴⁴, consagração positivada, no Brasil, da antiga tradição do direito romano²⁴⁵. Pagando, fica bem

²⁴² GENICON, Thomas. L’exception d’inexécution... p. 315.

²⁴³ GENICON, Thomas. L’exception d’inexécution... p. 315.

²⁴⁴ Art. 882: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.”

²⁴⁵ D. 44, 7, 10. *Ulp 47 ad Sab.*

pago e satisfeito o credor, que nunca deixou de ter o crédito, nem mesmo a pretensão, que é apenas carente de ação.

Apesar de algumas vozes doutrinárias favoráveis, é majoritário o posicionamento contrário ao manejo da *enac* em obrigação natural. Se o sujeito tem direito, mas esse não é exigível, não há fundamento para o remédio. A exceção, afinal, serve para induzir o excepto a prestar²⁴⁶, de modo que, não havendo ação que assegure o crédito, o suposto excepto nunca seria efetivamente induzido a cumprir o contrato.

Em termos teóricos mais precisos, a *exceptio non adimpleti contractus*, como exceção dependente que é, extingue-se com o direito, com a ação e com a pretensão de que provem²⁴⁷.

1.4.4. As dívidas prescritas e a máxima “*quae temporalia*”

A máxima “*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*” expressa o caso da imprescritibilidade da exceção de nulidade.

Tal regra, embora tenha sido recusada recentemente na França, pela Corte de Cassação, foi parcialmente incorporada ao Código Civil pela Reforma de 2016. O art. 1.185 prevê: “L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution.”

O tema é muito instigante, pois diz respeito ao problema mais amplo da perpetuidade dos meios de defesa. Na mesma França, uma tese recente de Floriane Masséna tratou desse assunto, explorando a história e a vigência da máxima “*Quae temporalia*”²⁴⁸.

No Direito brasileiro, o exercício da exceção prescreve no mesmo prazo da ação a que se contrapõe (na linguagem do Código Civil, prescrevem as exceções no mesmo prazo das pretensões, art. 190). Recorde-se que a prescrição das ações é, ela mesma, uma exceção substancial, tendo a eficácia de encobrir a pretensão alheia permanentemente (exceção peremptória), mas não extingue o direito²⁴⁹, como acontece com as exceções substanciais. Entretanto, a prescrição é, diferentemente da *enac*, uma exceção autônoma (não deriva de um

²⁴⁶ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 101.

²⁴⁷ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 123.

²⁴⁸ MASSÉNA, Floriane. *La prescription extinctive des moyens de défense: Aux origines de la maxime Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Thesis (Doctorat) – Dir. Boris Bernabé, Université Paris-Saclay. 2020.

²⁴⁹ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 104-105.

direito: aquele que se beneficia da exceção de prescrição pode não ter relação alguma com que a demanda).

O art. 190 do Código atual, consagrando a prescritibilidade das exceções, de certa forma soterrou as dúvidas a respeito da exceção dependente. Assim, consolida-se a opinião de Serpa Lopes²⁵⁰, e neutraliza-se, nesse ponto, a opinião de Pontes de Miranda, para quem as exceções seriam todas imprescritíveis.

A opinião de Pontes de Miranda partia da premissa de que as exceções só podem ser exercidas por uma provocação. Dessa forma, não caberia falar em prescrição de exceções, de modo geral.

Mas, a *enac* depende do direito do qual deriva (que é prescritível), o que faz a doutrina a repelir o adágio “*quae temporalia*” para o remédio²⁵¹, o que de resto é justificável já pelo fato dessa máxima não ter vocação genérica, mas estar associada a uma exceção específica, que é a de nulidade.

Assim, se o crédito estiver coberto pela prescrição (*rectius*, se a pretensão já não tiver ação correspondente), o sujeito não pode legitimamente suspender sua prestação, ou depois tentar, em juízo, justificar essa atitude com base na existência do crédito, cuja exigibilidade já se perdeu.

De modo geral, para as ações contratuais de cumprimento, faltando ação, isto é, tratando-se de direito ou pretensão com exigibilidade limitada (sem coerção estatal), ao pretenso excipiente faltará por completo todo o fundamento da *enac*.

Afinal, a suspensão da prestação só faz sentido se a do outro for exigível, e tal exigibilidade, assim se entende, repousa na ação de que dispõe ordinariamente aquele cuja inércia não gerou prescrição. Com acerto, pois, o enunciado 415 da V Jornada de Direito Civil²⁵², segundo o qual as exceções dependentes prescrevem, mas as independentes (como a exceção de prescrição) são imprescritíveis²⁵³.

Assim, a existência do direito e da pretensão sem ação, retiram do sujeito a possibilidade de manejar a *enac*: a parte, instada a cumprir sua obrigação, não pode suspender tal cumprimento baseado em incumprimento de crédito com ação prescrita. O recebimento

²⁵⁰ SERPA LOPES, José Miguel Maria de. *Exceções substanciais...* pp. 351-354.

²⁵¹ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 122-132.

²⁵² Que foram realizadas pelo Conselho da Justiça Federal em novembro de 2011.

²⁵³ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 122-132.

desse crédito pode ocorrer apenas pela espontaneidade do devedor, não pela coerção, ainda que *meramente* privada.

CAPÍTULO 3: DIMENSÃO HISTÓRICA E CODIFICAÇÃO DE UM REMÉDIO CONTRATUAL

Neste Capítulo, será feita uma exposição da história da *exceptio non adimpleti contractus* desde suas possíveis origens “substanciais” no Direito Romano, passando por sua sistematização medieval até sua positivação nas modernas codificações e a recepção do instituto nos diplomas de uniformização do direito internacional.

Mas, por que a ideia de inserir esse Capítulo sobre a historicidade a *enac* nesta altura do trabalho, e não logo no início? Se fez por duas razões.

A primeira, é porque preservou-se a ordem como o raciocínio dessa tese foi desenvolvido. Diante das dificuldades nos Capítulos anteriores, de se compreender tão-somente a partir da doutrina moderna, o conceito de exceção substancial (e de *exceptio non adimpleti contractus*) e sua precisa natureza jurídica, consultou-se o Direito Romano, que muito auxiliou na compreensão daquelas figuras.

Assim, o estudo do Direito Romano forneceu – sempre em cotejo com o estado da questão no Direito moderno – a percepção de que o “fenômeno” da *enac* estava presente na mentalidade prática dos romanos, muito embora não tenha sido por eles sistematizada. A partir de então é que foi possível alcançar, de forma mais segura, a construção medieval da *exceptio non adimpleti contractus* e as codificações.

Com isso, percebeu-se que o Direito Romano não é só um tema ilustrativo de trabalhos acadêmicos, mas tem primazia na reflexão jurídica, ocupando posição relevante nas reflexões do Direito obrigacional, na grande *trama* do Direito contratual.

1. DO DIREITO ROMANO À IDADE MÉDIA

1.1. Inexistência de sistematização da *exceptio non adimpleti contractus* no Direito Romano clássico

O Direito Romano se caracteriza por ser altamente realista, casuístico²⁵⁴, atuante sobre problemas práticos e concretos²⁵⁵. Tais fatores punham o *ius romanum* em constante movimento, algo favorecido por seu não enrijecimento em uma legislação sistemática, constituindo um típico Direito de juristas, baseado na tradição do *ius civile* e do *ius honorarium*²⁵⁶. Além disso, o Direito Romano em geral não continha decisões e fundamentos explícitos, mas implícitos, cujas premissas tácitas e pressuposições são descobertas pela interpretação²⁵⁷.

Na explicação de Dárcio Roberto Martins Rodrigues, “os jurisconsultos clássicos não criavam doutrina, no sentido de estabelecerem um sistema lógico e coordenado de conceitos abstratos, como o faz a civilística moderna”²⁵⁸. De fato, “jamais interessou aos romanos formular conceitos teóricos ou desenvolver sistemas para explicar os fenômenos jurídicos”²⁵⁹.

Em síntese, “o jurista romano nunca pensava no Direito como um sistema de institutos abstratos, não pensava no todo ordenado: pensava sempre no caso prático, na *congérie* de situações particulares, cada uma delas merecendo uma solução individual – e, no entanto, em vez de conduzir a um conjunto de soluções arbitrárias, tal metodologia permitiu o desenvolvimento de uma ordem jurídica notavelmente coesa”²⁶⁰.

Respeitando muito os costumes, como que um “tácito consenso de todos os cidadãos”²⁶¹, os jurisconsultos ajudaram a desenvolver um Direito baseado na realidade, embora discernissem, com seu saber, aquilo que merecia ser preservado e tutelado. Como afirma Paulo,

²⁵⁴ MARTINS RODRIGUES, Dárcio. Abstração e sistematização na *Iurisprudentia* romana. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 97, p. 23-33, 2002, p. 25.

²⁵⁵ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. *Revista de direito civil contemporâneo*, n. 3, v. 7, pp. 243-278, abr./jun. 2016, p. 260.

²⁵⁶ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3, v. 7, pp. 243-278, abr./jun. 2016, p. 261; MARTINS RODRIGUES, Dárcio. Abstração e sistematização na *Iurisprudentia* romana... p. 23.

²⁵⁷ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard, *Direito romano e cultura europeia...* pp. 243-278.

²⁵⁸ MARTINS RODRIGUES, Dárcio Roberto. Abstração e sistematização na *Iurisprudentia* romana... p. 25.

²⁵⁹ MARTINS RODRIGUES, Dárcio Roberto. Abstração e sistematização na *Iurisprudentia* romana... p. 25.

²⁶⁰ MARTINS RODRIGUES, Dárcio Roberto. Abstração e sistematização na *Iurisprudentia* romana... p. 25.

²⁶¹ D. 1, 3, 32, 1. *Jul. 84 Dig.*

o costume assim entendido devia reputar-se até mesmo de maior autoridade, “porque um direito de tal modo aprovado que não foi necessário redigi-lo por escrito”²⁶².

Assim, os jurisconsultos romanos, na sua vocação para a prática e na sua atividade científica *concreta*, embora tenham formulado categorias e conceitos que se perpetuaram na ciência jurídica²⁶³, trataram a realidade contratual de forma igualmente fragmentária. Pense-se, a título de exemplo, na responsabilidade contratual romana, baseada em uma farta casuística e em diversos casos, para os quais concorriam diferentes critérios de imputação.

Da mesma forma, não houve um desenvolvimento sensível – como o que atualmente se conhece – de conceitos como bilateralidade, contrato bilateral, sinalagma, contrato sinalagmático²⁶⁴.

No Digesto, a expressão sinalagma aparece em direta referência a um termo grego. Trata-se de fragmento de Ulpiano (D. 50, 16, 19) no qual o jurista cita Labeão. Esse fragmento constitui uma das grandes fontes de “perturbação” doutrinária, ao longo dos séculos e até hoje, a respeito do contrato sinalagmático e seu significado. Mas há outras passagens em que se refere expressamente o sinalagma, como esta de Ulpiano: “(...) Celso elegantemente respondeu a Aristão que há obrigação, como, por exemplo, se eu te der uma coisa para que tu me dês outra, <ou se> eu der para que tu faças algo. Isso é *synallagma* e daí nasce uma obrigação civil”²⁶⁵.

Retenha-se, por enquanto, que se os romanos, na sua casuística, não aprofundaram uma noção abstrata de reciprocidade contratual – até porque tratavam o contrato como uma realidade diferente daquela que hoje se conhece, e mesmo daquela que em tempos bizantinos se conheceu – igualmente não ofereceram categorias muito genéricas para a “correção do sinalagma”.

²⁶² D. 1, 3, 36. *Paul. 7 ad Sab.*

²⁶³ “Recorde-se, ainda, que o Direito romano era totalmente adverso a remissões para nebulosas ordens extrajurídicas. Toda a evolução eternizada na Lei das Doze Tábuas pretendeu fundar e defender um Direito objectivo, seguro, previsível e coerente. Essas qualidades explicam, aliás, a sua vitalidade até aos nossos dias” (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* pp. 81-82).

²⁶⁴ No mesmo sentido: “‘O sinalagma’, como a dogmática de hoje o entende, não pode ser encontrado desde o começo do direito romano antigo” (ERNST, Wolfgang. *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian: Festgabe für Werner Flume: zum 90.* Berlin: Springer, 1889, p. 2. Tradução livre de: “Das ‘Synallagma, wie es die heutige Dogmatik versteht, kann im antiken römischen Recht von vornherein nicht aufgefunden werden”. “O Direito Romano, mais centrado na acionabilidade das prestações individualmente consideradas do que nas consequências da sua interdependência, não desenvolveu o conceito de contrato bilateral” (FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 36).

²⁶⁵ D. 2, 14, 7, 2., *Ulp. 4 ad.ed.*

Assim, faz sentido afirmar que a *exceptio non adimpleti contractus* não tenha se originado no Direito Romano, porque este não conheceu uma estrutura organizada e genérica sobre a recusa da execução contratual²⁶⁶.

Mas, é extremamente provável que o pragmatismo dos romanos os tenha levado a *operarem*, por diferentes mecanismos, o equilíbrio no cumprimento de prestações de um mesmo contrato, possibilitando que a parte retivesse sua prestação caso a prestação correspectiva não tivesse sido cumprida, em razão de princípios como a equidade e a boa-fé.

Um tal movimento é detectável a partir do período clássico do Direito Romano²⁶⁷. No pré-clássico é improvável que tenha sido reconhecido às prestações de um mesmo contrato qualquer espécie de “nexo de interdependência recíproca”²⁶⁸. O extremo formalismo contratual característico da época o impedia²⁶⁹.

Com o desenvolvimento típico do Direito clássico, favorecido pela atividade dos jurisconsultos, somada à atuação do pretor, foi possível incorporar situações novas, que se apresentavam na rica realidade negocial romana da época. Muito provavelmente chegou-se, no

²⁶⁶ No original : “Jamais il n’y a eu à Rome une organisation juridique bien ferme du refus d’exécution: la théorie de ce que l’on appelle l’*exe. n. a. contractus* n’a jamais été faite par le jurisconsultes romains, et d’ailleurs le refus d’exécution, lorsqu’il a été reconnu de nos jours, à raison des particularités de la procédure romaine” – CASSIN, René. *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le Droit de rétention, la compensation et la résolution*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, p. 6.

²⁶⁷ José Carlos Moreira Alves ensina que “os romanistas dividem a história interna do direito romano em períodos, a respeito de cuja delimitação e número, no entanto, divergem. Das várias divisões adotamos a seguinte, em três fases: 1ª – a do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.); 2ª – a do direito clássico (daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C., sendo o período áureo dessa época de 96 a 235 d.C.); e 3ª – a do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C. – dá-se, porém, a designação de direito justinianeu ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.)” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 72). Acrescenta o autor que vigeram três sistemas jurídicos em Roma: o sistema da *legis actiones*, no período pré-clássico e que tinha como principais características a oralidade, a formalidade e o *ordo judiciorum privaturum*, que era o desenvolvimento do processo em duas instâncias sucessivas, *in iure*, perante o pretor e *apud iudicium*, perante o juiz popular; o sistema *per formulas*, no período clássico, menos formalista que o sistema da *legis actiones*, mas que também adotava o *ordo judiciorum privaturum*, sendo a fórmula era a principal característica desse sistema; o sistema da *cognitio extraordinaria*, no período pós-clássico, onde houve a supressão do *ordo judiciorum privaturum* e da fórmula (*op. cit.*, pp. 203-255).

²⁶⁸ ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato...* p. 14.

²⁶⁹ A respeito: “O tratamento do tema se dá de forma controversa na doutrina romanística: a parcela predominante da doutrina defende que, no período pré-clássico, contrapunham-se pretensões independentes” (PENNITZ, Martin. §§320-332...). No mesmo sentido: “Sem a observância das formalidades exigidas, não havia contrato, não havia obrigação juridicamente válida. Por outro lado, bastava tal observância para que houvesse contrato, para que a obrigação nascesse. Os contratos valiam logo que fosse observado o formalismo exigido, não havendo necessidade da verificação de qualquer obrigação de fundo. Submetidos a formas solenes e rituais, aqueles ficavam perfeitos logo que essas formalidades fossem observadas, independentemente de haver ou não uma intenção correspondente da parte dos seus autores. Celebrado algum desses actos geradores de obrigações, estas nasciam, independentemente de saber qual fosse a intenção real do obrigado. Tendo caráter abstrato, a fonte da obrigação não tinha, pois, qualquer ligação com o facto que, na realidade, levava uma pessoa a obrigar-se para com outra” (ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato...* p. 15).

período pós-clássico, à concepção de que “a prestação de uma parte é, ‘na sua realização’, dependente da contraprestação”²⁷⁰.

A expansão “conceitual” e prática dos contratos, contudo, não correspondeu necessariamente à criação de remédios “de equilíbrio sinalagmático” gerais no Direito Romano. Havia, certamente, situações específicas: *lex commissoria*, germen da moderna resolução contratual; *exceptio mercis non traditae*; *exceptio doli* etc.²⁷¹. Depois, já em fins do período clássico, a tutela das *actiones bonae fidei* veio dar maior cobertura aos contratos, pela ação do *iudex*, em uma ampliação protetiva que se aproxima da tutela do sinalagma (ou seja, da tutela da reciprocidade prestacional), tal como se a conhece modernamente²⁷².

Assim, mesmo que não se encontre entre os romanos uma definição e uma sistematização da ideia de bilateralidade, correspectividade ou de sinalagma, a expressão *sinalagma* designa uma ideia de equivalência²⁷³, da qual não se pode fugir e que, conforme se pensa, é tão útil para a reflexão sobre o contrato quanto as modernas teorias, que muitas vezes esbarram em artificialismos e em exageros conceituais que não viciaram a atividade dos romanos. Estes chegaram a proteger a equivalência das prestações, pensando os contratos a partir da correspondência das obrigações de cada parte. Houve, pois, mecanismos que operaram a correspectividade das prestações entre os romanos.

1.2. Mecanismos que operaram a correspectividade das prestações de um mesmo contrato no Direito Romano clássico

Não se encontra nas fontes do Direito Romano a expressão *exceptio não adimpleti contractus*. Contudo, elas são pródigas nas menções ao termo *exceptio*, bem como às várias figuras singulares nas quais as *exceptiones* se materializaram, tais como a *exceptio doli*, a *exceptio mercis non traditae*, a *exceptio metus*, a *exceptio pacti*, a *exceptio rei iudicati*, dentre outras.

²⁷⁰ PENNITZ, Martin. §§320-332...

²⁷¹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano...* p. 131 e ss.

²⁷² Cf. PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 33-34.

²⁷³ VILLEY, Michel. *Le droit romain*. Paris: Puf, 1945 (1.edição Quadrige 2012).

As *exceptiones* eram elementos *accidentais*²⁷⁴, que deveriam ser inseridos pelos demandados na *formula*²⁷⁵, para que então fossem analisadas pelo pretor²⁷⁶: “para os clássicos uma exceção que não faça parte da fórmula não é de forma alguma, uma exceção”²⁷⁷.

Talvez essa seja uma das justificativas para que Giuseppe Chiovenda, citado logo no início desta tese, considere que a exceção em sentido próprio – como direito geral de se contrapor à ação – seja bizantina, e não clássica²⁷⁸.

Mas interessa ver de que maneira a exceção se apresentava em processo formular.

A fórmula era o produto da fase *in iure*, que se desenvolvia perante o pretor, sendo a primeira das duas fases (a outra é a *apud iudicium*, que se desenvolvia perante o *iudex*) características do *ordo judiciorum privatorum* do sistema *per formulas* do período clássico do Direito Romano. Consistia em um esquema lógico de premissas e consequências²⁷⁹.

²⁷⁴ As *praescriptios* (*pro reo* e *pro actore*) também eram elementos acidentais. Eram inseridas no início da fórmula e eram condição para eficácia da *litis contestatio*, determinando que o *iudex* examinasse os fatos ali postos prejudicialmente. Na *praescriptio pro reo*, submetia-se ao juízo um fato impeditivo do julgamento pelos pretores, os quais dele não tinham conhecimento. A *praescriptio pro actore* delimitava a *litis contestatio* do ponto de vista objetivo ou quantitativo, impedindo o efeito extintivo sob toda situação jurídica substancial deduzida em juízo (Cf. TALAMANCA, Mario. *Processo civile*. Diritto romano. Enciclopedia del Diritto. v. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 38-39).

²⁷⁵ Exemplo dado por Gaio, 4, : “Si paret Numerium Negidium Aulo Augerio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur, iudex Numerium Negidium Aulo Augerio sestertium X milia condemnato, si non paret absolvido”, que traduzindo, significa: “Seja juiz. Se ficar provado que Numerius Negidius deve pagar a Aulus Agerius dez mil sestércios, juiz, condene Numerius Negidius a pagar a Aulus Agerius dez mil sestércios; se não ficar provado, absolve-o”.

²⁷⁶ A pretura – urbana e depois, a peregrina – foi uma magistratura acessível somente aos patrícios, criada, provavelmente, para enfraquecer o poder civil dos plebeus conquistado após sucessivas vitórias, dentre as mais relevantes a Lei das XII Tábuas (450 e 449 a.C.) e a Lei *Licinia de magistratibus*, que possibilitava que o plebeu fosse cônsul (cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano...* pp. 16-17). Afirma Pierre Grimal que, tradicionalmente, atribui-se a 367 a.C. a data da instituição da pretura e, daquela data até 242 a.C., “só houve um pretor (*praetor urbanus*): exerce a jurisdição sobre os cidadãos e preside aos *quaestiones*. Em 242, junta-se-lhe um pretor peregrino que tem os estrangeiros a seu cargo” (GRIMAL, Pierre. *A civilização romana*. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 355).

²⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 87, nota de rodapé 127.

²⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile...*

²⁷⁹ Cf. Mario Talamanca, a bipartição do procedimento continuou na fase *in iure* e *apud iudicem*. Na primeira fase, a disputa era colocada perante o magistrado e era resolvida na segunda, perante o juiz particular, sendo que a fórmula consistia nas instruções dadas ao juiz particular para a solução da controvérsia e os termos postos pelo magistro representavam o limite intransponível dos poderes do juiz (TALAMANCA, Mario. *Processo civile...* p. 25. No original: “Permanendo la bipartizione del procedimento nella fase *in iure* e *apud iudicem*, nella prima delle quali si impostava, dinanzi al magistrato, la controversia, che veniva poi risolta nella seconda dinanzi ai giudice privato, la *formula*, che già nel nome caratterizza questo tipo di processo, assumeva un’importanza decisiva nel raccordo fra queste due fasi. Essa consisteva, infatti, nelle istruzioni date ai giudice privato per la soluzione della controversia, istruzioni che, concordate nella fase *in iure* tra le parti e il magistrato, rappresentavano il limite invalicabile per i poteri dei Giudice stesso”.

Os elementos *essenciais* da *formula* eram a *intentio*, a *demonstratio*, a *adiudicatio* e a *condemnatio*²⁸⁰. Se a proposição negativa característica das *exceptiones*²⁸¹ fosse verdadeira, a cláusula absolutória da fórmula – *si non paret* – incidiria no caso concreto²⁸², sem necessidade de se analisar a *intentio*, que não precisaria ser modificada, tal como descreve Renzo Bolaffi:

Se, por exemplo, o credor e o devedor celebraram um *pactum de non petendo*, é injusto condenar o segundo ao pagamento: é necessário que (se a conclusão do acordo for comprovada) o juiz tenha a possibilidade de absolver o réu. Esta possibilidade é propiciada pela *exceptio*: na fórmula, estabelece-se que o juiz não prosseguirá à condenação, caso seja fundamentada a *exceptio pacti conventi*²⁸³⁻²⁸⁴.

As *exceptiones* e as *praescriptiones* eram, como diz Mario Talamanca, meios pelos quais o *ius honorarium*²⁸⁵ executava sua tarefa de corrigir o *ius civile*²⁸⁶, ou seja, uma verdadeira aplicação daquilo que ensina Papiniano no fragmento compilado já no primeiro Livro do

²⁸⁰ A *intentio* era “a base jurídica da solução eventual”, onde estavam contidos os fundamentos da reivindicação do autor. Se sua base fosse o direito estrito (*ius civile*), as ações eram *in ius conceptae*. Se fosse o *imperium* do pretor, tratavam-se de ações *in factum conceptae*. A *demonstratio* era a descrição dos fatos. A *adiudicatio* “traduzia-se na permissão, atribuída ao juiz, de adjudicar, ao interessado, determinadas coisas controvertidas”. A *condemnatio* era “a ordem dada ao juiz para condenar ou absolver, consoante o que apurasse a nível de factos” (cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* pp. 71-72).

²⁸¹ BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale...*, p. 48. No original: “Se, ad es., il creditore e il debitore hanno concluso un *pactum de non petendo*, è ingiusto condannare il secondo al pagamento: occorre che (qualora resulti provata la conclusione del patto) il giudice abbia la possibilità di assolvere il convenuto. Tale possibilità è fornita dall’*exceptio pacti conventi*”).

²⁸² A fórmula não se confundia com o *iudicium*. A primeira era “o esquema abstrato existente no Edito dos magistrados judiciais, o qual servia de modelo para que, num caso concreto, com as adaptações e as modificações que se fizessem necessárias, se redigisse o documento em que fixava o objeto da demanda a ser julgado pelo juiz popular. Já o *iudicium* é esse documento que, num caso concreto, se redige tomando por modelo a *formula*” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano...* p. 221).

²⁸³ Gai. 4, 126: “Algumas vezes ocorre que uma exceção a qual, à primeira vista, parece justa, prejudique iniquamente o autor. Quando isso acontece, é necessário um outro aditamento para vir em auxílio do autor. Esse aditamento é chamado de réplica (*replicatio*), porque por meio dela é desviada e dissipada a força da exceção. Pois se, por exemplo, eu tiver feito um pacto contigo, comprometendo-me a não demandar o dinheiro que me deves, e depois fizermos um pacto contrário, isto é, para que me seja lícito demandar; e, se eu propuser ação contra ti, e tu opuseres exceção, de modo a só se res condenado a mim se não tiver sido acordado que eu não demandaria aquele dinheiro, essa exceção de pacto convencionado me prejudica. Pois o fato é que isso permanece, não obstante, verdadeiro, ainda que posteriormente tenhamos feito um acordo contrário; mas porque é iníquo que eu seja impedido pela exceção, é-me concedida uma réplica com base no pacto posterior, deste modo: “ou se foi depois convencionado que me seja lícito demandar aquele dinheiro” (MARTINS RODRIGUES, Dárcio Roberto. *Institutas de Gaio...* pp. 281-282).

²⁸⁴ BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale...* p. 48 (original: “In tal modo, si compiva un’eccezione alla regola, secondo la quale il convenuto doveva essere condannato, se l’*intentio* corrispondeva a verità. Se, ad es., il creditore e il debitore hanno concluso un *pactum de non petendo*, à ingiusto condannare il secondo al pagamento: occorre che (qualora resulti provata la conclusione del patto) il giudice abbia la possibilità di assolvere il convenuto. Tale possibilità è fornita dall’*exceptio pacti conventi*”).

²⁸⁵ “A criação e subsequente concessão da fórmula podia ter uma de duas origens, o que ocasionou uma bipartição: por um lado, as fórmulas de Direito civil, base das *actiones in ius conceptae*, caracterizadas por a sua *intentio* se fundar no *ius civile*, normalmente uma *lex*; por outro lado, as fórmulas honorárias, fonte de ações honorárias e que, fundadas apenas no *imperium* do pretor eram, por seu turno, ditas *in factum conceptae*, quando não fizessem qualquer recurso ao *ius civile* (...)” (cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 72).

²⁸⁶ Cf. TALAMANCA, Mario. *Processo civile...*, p. 42 (no original: Il meccanismo della *praescriptio/exceptio*, che ha funzione vicariante rispetto alla *denegatio actionis*, è il mezzo eletivo per attuare quel compito del *ius honorarium* che viene identificato da Papiniano nel *corrigere ius civile* (...)).

Digesto: “Direito pretório é o que, por motivo de utilidade pública, introduziram os pretores para ajudar, suprir e corrigir o direito civil; e também se diz honorário, sendo assim denominado pelo cargo (*honor*) dos pretores”²⁸⁷.

Fica bem clara a importância desses mecanismos. Eles compõem, efetivamente, um capítulo de singular relevância na atividade pretória, que era a “viva voz do direito civil”²⁸⁸.

Quanto às *exceptiones* singularmente reconhecidas no Direito Romano, a principal era a *exceptio doli*, que tinha como antecedente “a *clausula doli*: através da *stipulatio* – acto formal – uma parte prometeria à outra, aquando da celebração de um contrato, que não existiria nela qualquer *dolus malus*”²⁸⁹. Menezes Cordeiro afirma que a invocação contínua dessa exceção levou o pretor a pressupô-la, incluindo uma fórmula no Edito²⁹⁰.

A *exceptio mercis non traditae*²⁹¹ poderia ser invocada em uma determinada circunstância, que não comportava a *exceptio doli*: na relação triangular havida entre arrematante-comprador, *dominus*-vendedor e o *argentarius* em uma venda em leilão, aquela exceção poderia ser inserida na fórmula para que o arrematante-comprador fosse autorizado a não pagar o preço ao *argentarius* (que era o intermediador da venda em leilão) enquanto o *dominus*-vendedor não tivesse entregado a coisa arrematada²⁹².

A *exceptio pacti*, por sua vez, era indicada quando um novo pacto substituíria o anterior, objeto de demanda²⁹³: “o pedido, baseado no primeiro contrato mas prejudicado, directa ou indirectamente, no segundo, poderia ser interferido se, na fórmula, estivesse inserida a *exceptio pacti*”²⁹⁴.

Dessa forma, é possível concluir que algumas das *exceptiones* romanas possam ter tido o efeito de equilibrar as posições das partes em demandas de cumprimento de contratos,

²⁸⁷ D. 1, 1, 7, 1. *Pap. 2 def.*

²⁸⁸ D. 1, 1, 8. *Marc. 1 Inst.*

²⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 84. Também: “Se é certo que, nos contratos *bonae fidei*, ao contratante acionado pelo que não havia executado a sua parte se reconhecia uma *exceptio doli*, que seria o germe da *exceptio non adimpleti contractus*, certo é, também, que a existência de uma correlação de dependência funcional entre as prestações recíprocas nos contratos bilaterais não apareceu senão no século II de nossa era, o que leva a concluir que, como instituto desenvolvido e dotado de efeitos específicos, a *exceptio non adimpleti contractus* se deveu à elaboração dos canonistas, e não aos juriconsultos romanos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil...* pp. 139-140).

²⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 85.

²⁹¹ Ilustrativamente, Gai. 4, 126.

²⁹² Cf. FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 42, nota de rodapé 57).

²⁹³ Cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano...* p. 132.

²⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 86.

inclusive possibilitando a retenção de prestações contratuais que estivessem em relação direta com as da outra parte, também não cumpridas. Bastava que razões de equidade e de boa-fé o exigissem²⁹⁵.

Os *efeitos substantivos* acima mencionados também ocorreram, inclusive de forma mais incisiva, por meio dos *bonae fidei iudicia*.

Os *bonae fidei iudicia* constituem um regime²⁹⁶ surgido em resposta à expansão territorial romana a partir do século III a.C., que fomentou o comércio internacional e impôs o reconhecimento da consensualidade e de menor formalidade nas relações jurídicas que admitiram a participação dos estrangeiros (*peregrini*²⁹⁷), a quem não eram dirigidas as regras do *ius civile*.

Os *bonae fidei iudicia* têm criação pretória (apesar de terem sido detectados no *ius civile*²⁹⁸) e seriam um sistema de normas jurídicas modestas que incidiam sobre temas precisos, como a “proibição de dolo, permissão de compensação e assim por diante”²⁹⁹.

Para as situações jurídicas alcançadas pelos *bonae fidei iudicia* existiam as ações diretas e as ações contrárias, sendo que as últimas ora eram nominadas, ora só referidas como *actio contraria*³⁰⁰.

A principal característica das *actiones* regidas pelos *bonae fidei iudicia* era sua fórmula, que continha a cláusula *oportet ex fide bona*, a qual autorizava que o juiz conhecesse automaticamente da “malícia dalgumas das partes, de pactos advenientes ou de outros factores

²⁹⁵ “De acordo com eles, a entrega da coisa não podia ser exigida daquele enquanto o preço não lhe fosse pago, e, por seu turno, o comprador de quem fosse exigido o pagamento do preço sem que lhe fosse entregue a coisa podia invocar a *exceptio mercis non traditae* ou a *exceptio doli*. Parece-nos, pois, ser possível afirmar que o direito romano clássico pressentiu o meio de defesa que, alguns séculos mais tarde, viria a ser conhecido por *exceptio non adimpleti contractus*. É certo que nunca se teve aí uma visão clara acerca do fundamento das soluções referidas e muito menos se chegou a uma teoria geral: apenas razões de equidade, sempre presentes no espírito dos jurisconsultos romanos, os levaram a consagrar algumas aplicações mais urgentes da ideia de interdependência funcional das obrigações sinalagmáticas, sobretudo em matéria de compra e venda” (ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato...* p. 17).

²⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 103.

²⁹⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 79.

²⁹⁸ O questionamento doutrinário do porquê os *bonae fidei iudicia* aparecem no *ius civile* e não no *ius honorarium* encontra explicação em António Menezes Cordeiro, qual seja, aquela bipartição é “um trabalho de abstracção e sistematização, muito posterior a inúmeras soluções concretas, base do *ius romanum*. Quando esse labor se impôs, considerou *ius civile* um núcleo normativo inicial, sobre o qual, como aditivo, se foram acrescentando correcções pretorianas posteriores, então ditas *ius honorarium* (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* pp. 104-105).

²⁹⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 105.

³⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 87.

prejudiciais, caso fossem admitidos”³⁰¹. Para tanto, não se precisava recorrer às *exceptiones*, cuja inclusão na fórmula se tornava desnecessária:

De tudo isto, retira-se o sentido geral dos *bonae fidei iudicia*: tratava-se de instâncias em que o *iudex*, em vez de se dever ater a formalismos estritos, tinha por função o procurar, através de certos expedientes, descer até à substância das questões. Não bastava, pois uma composição puramente formal dos litígios: procurava-se uma solução material. Estas considerações, que poderiam ser exageradamente ampliadas com outras, tais como a de um reconhecimento implícito da equivalência das prestações, a da bona fides como norma objetiva de conduta correcta ou a da funcionalidade das obrigações, não devem, porém, fazer perder a perspectiva histórica de que toda esta generalização surgiu muito depois, apenas.³⁰²

Por esses motivos há estudiosos que sustentam que no período clássico do Direito Romano a *iurisprudencia* desenvolveu, “com base na cláusula *bona fides* nas *intentiones* da *actio empti* e da *venditi*, a concepção de que exigir uma prestação sem realizar completamente a própria contraprestação iria contra os deveres de lealdade das partes”³⁰³. Ilustrativamente, em relação aos *pactos*, Ulpiano explica que o pretor disse em seu Edito³⁰⁴: “Observarei os pactos convencionados que não tiverem sido feitos nem com dolo, nem contra <o disposto> em leis, plebiscitos, senatusconsultos, decretos e editos dos príncipes, e nem se faça de modo a fraudar algum deles”.

É, pois, provável que, por mais este mecanismo, tenha havido na prática jurídica daquela época a *coordenação* da execução de prestações de um mesmo contrato³⁰⁵. Como estava o juiz autorizado a absolver o demandado caso o demandante não tivesse comprovado, até o julgamento da ação, que cumprira sua obrigação, o que hoje é doutrinariamente conhecido como *exceptio non adimpleti contractus*, afigura-se que era inerente ao regime do Direito Romano clássico³⁰⁶.

³⁰¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 87.

³⁰² MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 89.

³⁰³ PENNITZ, Martin. §§320-332.... No mesmo sentido: “Para uma parte dominante da doutrina, já no Direito Romano clássico, por meio dos *bonae fidei iudicia*, cujo exemplo mais emblemático é precisamente a *emptio venditio*, ter-se-ia desenvolvido a concepção de que seria contrário à boa fé exigir uma prestação sem realizar, por sua vez, aquela a que se estava obrigado, ainda que não existisse um acordo a prever a possibilidade” (FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 38).

³⁰⁴ D. 2, 14, 7, 7. Ulp. 4 *ad ed.*

³⁰⁵ Cf. FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 49.

³⁰⁶ Cf. ZIMMERMANN, Reinhardt. *The law of obligations: roman foundations on the civilian tradition*. Oxford (GB): Clarendon Press, 1996, p. 801, nota de rodapé 133. No original: “in classical law, however, the judge was taken to be empowered, by virtue of the ‘ex bona fide’ clause contained in the formulae of the *actiones empti, vendiditi, locati* and *conducti*, to take account of the fact whether the plaintiff had himself performed his obligation. If he had not done so up to the time when judgment was given, the defendant had to be absolved. In other words: the *exceptio non adimpleti contractus* (as this right of the defendant to retain his own performance came to be called about the 15th century onwards) was inherent in the Roman *bonae fidei iudicia*”.

Assim, por exemplo, afirma Ulpiano³⁰⁷ que nos juízos de boa fé “as exceções <derivadas de pactos> feitos posteriormente, que são do mesmo contrato, existem <para o direito>, como se admite na compra, e em outros juízos de boa-fé, que se rescinda a compra no caso de ainda não ter sido cumprida a prestação”.

1.3. A ideia de reciprocidade entre as prestações no Direito Romano clássico a partir alguns fragmentos

Outros conceitos que *perturbam o caminho* da pesquisa sobre a *exceptio non adimpleti contractus* são os de “sinalagma”; “contrato sinalagmático” e “contrato bilateral”, figuras que a doutrina implica diretamente com a *enac*.

A afirmação mais recorrente dos juristas quanto a tais conceitos é que, se houve no Direito Romano um reconhecimento paulatino da dependência entre as prestações de um mesmo contrato, tal não ocorreu com base no “desenvolvimento de um conceito de sinalagma funcional”³⁰⁸ ou de contrato bilateral³⁰⁹, sendo que somente mecanismos indiretos possibilitaram a coordenação da execução daquelas prestações³¹⁰.

Já se afirmou no início do Capítulo: os clássicos, na sua vocação prática, não estabeleceram conceitos e categorias abstratas; aproveitaram usos e costumes, corrigiram o Direito Civil e, aqui e ali, empregaram expressões e ideias gregas – a exemplo de Ulpiano, que refere o *synallagma* (D. 2, 14, 7, 2; D. 50, 16, 19). Não chegaram, pois, à ideia *abstrata* de sinalagma, mas seria impreciso dizer que não consideraram a existência de alguma dependência, algum vínculo entre as prestações.

O debate entre os juristas que se dedicam à *exceptio non adimpleti contractus* (e suas questões laterais, como contrato bilateral/sinalagmático) gira em torno de saber quando, no período clássico, os romanos começaram a considerar as prestações de um mesmo contrato correspectivas, já que há poucas dúvidas de que no período pré-clássico as prestações eram independentes.

³⁰⁷ D. 2, 14, 7, 6. *Ulp. 4 ad Ed.*

³⁰⁸ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 49.

³⁰⁹ “O Direito Romano, mais centrado na accionabilidade das prestações individualmente consideradas, não desenvolveu o conceito de contrato bilateral” (FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 36).

³¹⁰ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 49.

Para a pergunta acima, não há uma resposta conclusiva, merecendo destaque quatro fragmentos - de Varrão, Labeão e Ulpiano – que animam os debates da doutrina sobre o tema.

1.3.1. O fragmento de Varrão (*De Re Rustica*, 2, 2, 5-6)

O primeiro texto é de Marco Terêncio Varrão³¹¹, que foi um jurista pré-clássico. A ele é atribuído um fragmento que consta do *De Re rustica*, 2, 2, 5-6³¹² que é considerado pelos estudiosos como exemplo de que “no Direito Romano, as prestações emergentes da compra e venda começaram a ser consideradas independentes”³¹³.

O texto relata que em um contrato de compra e venda de rebanho de ovelhas o comprador poderia exigir que o vendedor entregasse a coisa, apesar de não ter pago o preço³¹⁴, ou que o vendedor precisaria “adicionar” ovelhas antes de o preço ser fixado³¹⁵.

O comprador ajuizou, então, com sucesso, uma ação *ex empto* contra o vendedor, embora não tivesse pago o preço, naquele não poderia o vendedor invocar a falta de pagamento para reter a prestação.

1.3.2. O fragmento de Labeão (*D*, 18, 1, 78, 2)

A interdependência entre as prestações de um mesmo contrato do qual o fragmento de Varrão acima exemplifica é constatada em outros textos, agora adentrando o período clássico, como um de Antístius Labeão³¹⁶:

³¹¹ Marcos Terêncio Varrão era um jurista/erudito do período clássico. Nasceu em 116 a.C., em Rieti (uma comuna italiana da região do Lácio). Exerceu sucessivas magistraturas, tendo sido *Triumvir capitalis*, encarregado de fazer respeitar as leis, proquestor, cônsul e tribuno da plebe (...). Naquele mesmo ano de 70 a.C. foi eleito tribuno da plebe” (CORADINI, Heitor. *Metalinguagem na obra de língua latina de Marcos Terêncio Varrão*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências, Universidade de São Paulo, 1999, pp. 37-38). Ver também: PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...*, p. 21.

³¹² O *De re rustica* é dividido por intuito “informar o público nos âmbitos práticos da agricultura e da arboricultura (livro I), da pecuária de grande e pequeno porte (livro II) e da *uillatica pastio* (livro III)” (TREVIZAN, Matheus. O *De re rustica* II de Varrão Reatino e a comédia greco-romana: analogias. *Caligrama: revista de estudos românicos*, v. 15, n. 1, pp. 229-251, 2010, pp. 229-230). O fragmento comentado é o seguinte: “*Nec non emptor potest ex empto vendito illum damnare, si non tradit, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium*”.

³¹³ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 37.

³¹⁴ Cf. FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 37.

³¹⁵ PENNITZ, Martin. §§320-332...

³¹⁶ *Marcus Antistius Labeo* (Marco Antístio Labeão, nome em português), “viveu nas primeiras décadas do Império Romano (...). Em sua fase de maior produtividade, dedicava metade do ano a atender alunos em Roma e a outra metade em um retiro para poder escrever obras diversas. Escreveu, por isso, mais de quatrocentos volumes

Um indivíduo comprou um imóvel com a cláusula de a respectiva posse lhe ser entregue depois de pago o preço, tendo morrido deixando dois herdeiros. Se um deles pagar todo o preço, poderá cobrar a metade de seu coerdeiro na ação de partilhas. Mas, se somente pagar parte do preço, não poderá intentar a ação de compra contra o vendedor, porque uma dívida contraída desse modo não pode ser paga somente em parte.³¹⁷.

Wolfgang Ernst, que tem um artigo sobre a história da *exceptio non adimpleti contractus* no Direito Romano, diz tratar-se o texto da indivisibilidade do preço da compra do imóvel, negociado por um indivíduo que faleceu antes da conclusão do negócio. Embora cada um dos dois herdeiros fosse obrigado perante o vendedor ao pagamento do preço em relação aos seus quinhões (*nomina ipso iure divisa*), o imóvel só poderia ser cobrado do vendedor caso o preço total fosse pago³¹⁸.

De qualquer forma, complementa o autor alemão, é um fragmento que descarta a evidência de um sinalagma geral das duas obrigações resultantes da compra, o que reitera sua opinião de que nunca no período clássico as posições do comprador e do vendedor foram projetadas para serem imagens espelhadas (*spiegelbildlich*)³¹⁹.

Para Martin Pennitz, o texto de Varrão do (*De Re rustica*, 2, 2, 5-6) tem a mesma natureza que o fragmento de Antistius Labeão, D. 18, 1, 78, 2³²⁰.

de caráter muito inovador e amplamente difundidos entre os demais juristas” (MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Manual de instrução ao Digesto*, 1.ed., São Paulo: YK Editora, 2017, p. 184). Foi fundador da escola dos Proculianos, que antagonizava com a escola dos Sabinianos, fundada por Capitão.

³¹⁷ D, 18, 1, 78, 2. Traduzido por Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos. Tradução complementar: Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes, Dárcio Roberto Martins Rodrigues e Hércio M. França Madeira. v. III. São Paulo: YK, 2018.

³¹⁸ Cf. tradução livre do seguinte trecho: “Für den Verkauf eines Landgutes ist ais *lex contractus* vereinbart, daß die Einweisung nur nach Zahlung des Kaufpreises erfolgen soll. Obschon der einzelne Miterbe dem Verkäufer nur auf einen Teil des Kaufpreises verpflichtet ist (*nomina ipso iure divisa*), muß er im Hinblick auf die *lex contractus* das Ganze zahlen und kann dann mit der *actio familiae herciscundae* vom anderen Erben Aufwendungs-ersatz verlangen. Die konkrete *lex contractus* gebietet, daß es auch nach dem Erbfall bei der Vorleistungspflicht hinsichtlich des Kaufpreises bleibt. Damit erzwingt sie die Unteilbarkeit des Kaufpreises. Die Problematik ist dieselbe, die in D. 21.1.31.8 Ulp 1 ad ed aed cur und - vermutlich - in D. 19.1.13.8 Ulp 32 ad ed von Ulpian behandelt worden ist. Nur löst sich die Problematik hier ohne den Rückgriff auf die pfandrechtsähnliche Unteilbarkeit der Verkäuferleistung, weil schon nach der *lex contractus* der Verkäufer nur nach Zahlung des vollständigen Kaufpreises leisten muß” (ERNST, Wolfgang. *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian...*, p. 23).

³¹⁹ Cf. Tradução livre do seguinte trecho: “Im Hinblick darauf, daß sich eine mangelnde Parität der Rechtsstellungen von Verkäufer und Käufer ergeben wird, weisen wir schon jetzt darauf hin, daß auch im übrigen die Rechtsstellungen von Verkäufer und Käufer im römischen Recht keineswegs spiegelbildlich ausgestaltet waren (ERNST, Wolfgang. *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian...*, p. 11).

³²⁰ PENNITZ, Martin. §§320-332... Acesso: 19 jan. 2022.

1.3.3. O fragmento de Ulpiano D. 19, 1, 13, 8

Há também um fragmento romano que se reputa interessante comentar é atribuído a Ulpiano (D. 19, 1, 13, 8³²¹), onde consta que o comprador não poderia intentar a *actio empti* caso tivesse oferecido parte do preço, podendo o vendedor reter a coisa vendida a título de penhor.

A importância desse texto é fundamental para a *enac*, porque foi em comentário a ele que Bártolo, na Idade Média, acrescentando elementos do Direito Canônico, formatou a *exceptio non adimpleti contractus*, como adiante se demonstrará.

Por outro lado, no final do século XVIII e no século XIX, esse fragmento voltou à baila na doutrina germânica se, de acordo com ele, a exceção de não cumprimento do contrato deveria “ser considerada uma verdadeira exceção de direito material ou uma limitação dos direitos emergentes de um contrato sinalagmático”³²², teorias que se rivalizaram (teoria da troca e teoria da exceção, mencionadas no Capítulo 2).

1.3.4. O fragmento D. 50, 16, 19: Labeão citado por Ulpiano. Fonte de controvérsias

No que interessa ao tema, de quando se reconheceu a corresponsabilidade das prestações de um mesmo contrato no Direito Romano (sinalagma), há um outro texto de Labeão, citado por Ulpiano³²³ (D. 50, 16, 19³²⁴), que acende muitos debates. Nele consta a definição de *actus – contractus – gestus*, nos seguintes termos originais:

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 nemonatione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem

³²¹ Ulp 32 *ad.ed.*: “Tratando de intentar a ação de compra, deve o comprador oferecer o preço, de sorte que, se apenas oferecer parte do preço, não terá o direito de intentar a referida ação, pois o vendedor pode reter, a título de penhor, a coisa vendida até ser pago”.

³²² Cf. FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...*, p. 39.

³²³ *Domitius Ulpiano* (Domício Ulpiano, em português), nasceu “na primeira metade do século III d.C. (...) é o jurista cujas obras foram as mais utilizadas pelos compiladores justinianeus” (MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Manual de instrução ao Digesto...* p. 222). É um dos cinco juristas da “Lei das Citações”, ao lado de Papiniano, Paulo, Gaio e Modestino e sua obra principal “*Ad edictum libri LXXXIII*” são 83 livros de comentários ao edito do pretor e compunha a “massa edital” do Digesto (*op. cit.*, p. 223).

³²⁴ O capítulo 16 do livro 50 traz um dicionário de termos jurídico (cf. MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Manual de instrução ao Digesto...* p. 117).

*venditionem, locatoinem conductinam, societatum: gestum rem significare sine verbis factam*³²⁵.

Como se verifica, o excerto traz uma definição de “*contractus*” como *ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant* (obrigações recíprocas que os gregos chamam de συνάλλαγμα).

Antônio Junqueira de Azevedo diz que o texto de Labeão citado por Ulpiano se refere ao “sinalagma à romana”, para o qual bastava a reciprocidade das prestações e não a equivalência³²⁶, com os contratos *do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias* (compra e venda, a locação, a sociedade³²⁷). Por outro lado, continua o autor, o texto também se referia ao “sinalagma à grega”, contido na palavra grega “*συνάλλαγμα*” que, por sua vez, significaria “contrato”, em especial “o que se poderia chamar de contrato de troca, mas com equivalência ou proporcionalidade entre as prestações (v. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, L. V, n. 5)”³²⁸.

Reinhard Zimmermann, contudo, tem compreensão diversa. Afirma que não se pode empregar à palavra grega *συνάλλαγμα* (que aparece também em D. 2, 14, 7, 2³²⁹, anteriormente já referido) o sentido jurídico a ela hoje atribuído³³⁰, além de que a tentativa de Labeão/Ulpiano de confinar o termo *contractus* à expressão *ultra citroque obligationem, quod Graeci*

³²⁵ “Labeão, no primeiro livro <de ‘Comentários ao edito> do pretor urbano’, explica que alguns negócios são concluídos <(ato)>, alguns são geridos <(gesto ou gestão) e > alguns são contratados <(contrato)>. E, de fato, ‘ato’ é um termo genérico, <que abrange> os negócios concluídos seja <pelo emprego> de palavras <solenes>, seja pela entrega de algo, como na *stipulatio* ou no pagamento em dinheiro. Já ‘contrato’ é a obrigação recíproca, que os gregos chamam de ‘synallagma’, como a compra e venda, a locação, a sociedade. <O negócio por> ‘gesto’ <(ou gestão)> significa o produzido sem <o emprego de> palavras” (MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Manual de instrução ao Digesto*... pp. 449-450).

³²⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Natureza jurídica do contrato de consórcio*... p. 363.

³²⁷ Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Natureza jurídica do contrato de consórcio*... p. 363.

³²⁸ Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Natureza jurídica do contrato de consórcio*... p. 363. No mesmo sentido: “A expressão sinalagma e sinalagmática, do grego *συναλλάγμα*, traduzia um acordo do qual resultavam vinculações mútuas. Embora com dúvidas, dominava o entendimento de que tais acordos, mesmo informais, eram válidos” (MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil*... v. 7, p. 195).

³²⁹ D. 2, 14,7, pr.: Ulp. 4 *ad Ed.* “As convenções do *ius gentium* geram, algumas <delas>, ações; outras, exceções. (...). D. 2, 14,7, 2: Mas também se o convencionado não passar a um outro tipo contratual, subsistindo, não obstante, a causa, Celso elegantemente respondeu a Aristão que há obrigação, como, por exemplo, se eu te der uma coisa para que tu me dês outra, <ou se> eu der para que tu faças algo. Isso é o *synallagma* e daí nasce uma obrigação civil. E, por isso entendo que Juliano foi corretamente repreendido por Mauriciano neste caso: eu te dei <o escrevo> Estico para que manumitas Pânfilo; tu manumitiste; <contudo,> Estico é <objeto de> (Mauriciano)> disse que basta <ser dada> uma ação <de objeto> indeterminado, isto é, <uma ação> *praescriptis verbis*, pois há um contrato, que Aristão chama de *synallagma*, donde nasce uma ação”.

³³⁰ Cf. ZIMMERMANN, Reinhardt. *The law of obligations*...p. 537, nota de rodapé 185. No original: “The term ‘συνάλλαγμα’ appears in Lab./Ulp. D. 50, 16, 19 and in Aristo/Ulp. D. 2, 14, 7, 2, but was not yet used as the terminus technicus that we know in modern law (hence the inverted commas)”. Também: “Mais concretamente, interroga-se a doutrina romanista se se trata de uma referência meramente erudita sem qualquer consequência prática ou se se pretendia, desta forma, exprimir que as prestações das partes estão de tal forma ligadas que cada uma delas só é aceite e realizada como contrapartida do recebimento da outra” (FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*... p. 37).

συνάλλαγμα *flux vocant* é de difícil compreensão, sendo provavelmente espúria, bem como que se manteve isolada e não foi acompanhada³³¹.

Acrescenta que o termo *contractus* foi primeiramente utilizado com sentido amplo e atécnico, significando qualquer forma de responsabilidade. Teria sido Gaio quem lhe conferiu significado mais estrito, ao distinguir entre *obligationes ex delicto* e *obligationes ex contractu*, quando então a palavra passou a ser identificada com transações amparadas pelo *ius civile*³³².

Assim, se o fragmento buscava definir o termo “*contractus*” correlacionando-o à palavra grega “*συνάλλαγμα*” como seu sinônimo, esta não poderia significar “equivalência entre prestações” já que, segundo Reinhard Zimmermann, por “*contractus*” se entendia qualquer forma de responsabilidade.

Entende-se que o vocábulo *συνάλλαγμα* foi empregado por Aristóteles na *Ética a Nicômaco* em sentido amplo, significando o acordo e as relações que dele deriva, inclusive relações não decorrentes de convenção e que poderiam precisar de um “regolamento giudiziario”³³³, como consta em Eva Cantarella. Poderia, assim, significar o termo grego “relação obrigacional” em sentido amplo, mas não necessariamente exprimiria “equivalência entre as prestações” (sentido técnico moderno de “sinalagma”). Poderia também significar eventual bilateralidade que, como se verá, é ligeiramente distinta de sinalgmicidade.

Como quer que seja, é interessante notar a grande controvérsia a respeito do fragmento e de seu sentido. Por um lado, utiliza uma expressão latina (*contractus*) cujo sentido é de difícil

³³¹ Cf. ZIMMERMANN, Reinhardt. *The law of obligations...*, p. 562, nota de rodapé 111. No original: “Labeo's attempt (Ulp. D. 50, 16, 19) to confine the term ‘contractus’ to ‘ultra citroque obligationem, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant’ is difficult to understand and possibly spurious. In any event, it has remained isolated and has never been followed up”.

³³² Cf. ZIMMERMANN, Reinhardt. *The law of obligations...*, p. 562. No original: “The substantive *contractus*, too, was first of all used in the same wide and fairly untechnical sense. Characteristically, it was the law teacher, Gaius, with his systematic interests, who gave the term a narrower meaning and distinguished between *obligationes ex delicto* and *ex contractu*. Since then *contractus* was used to identify those transactions that were enforceable according to the *ius civile*”.

³³³ Cf. CANTARELLA, Eva. *Obbligazione [diritto greco]*. In: *Novissimo digesto italiano*. v. 11. Torino, 1968, p. 546. Marco Zingano diz que o sentido de *συνάλλαγμα* seria, para A.R. Gauthier, de “*rapport*” ou “relação” (ZINGANO, Marco. *Ethica Nicomachea VI-15*: tratado da justiça. Tradução e comentário. São Paulo: Odysseus, 2017, p. 177. *op. cit.*, mesma pág.). Para Ricardo Dal Pizzol, na “obra de Aristóteles, a justiça manifestava-se de duas formas fundamentais: a distributiva e a corretiva. A primeira diz respeito à distribuição de dinheiro, honrarias e outros bens pelo Estado entre os membros da comunidade, de acordo com o mérito e as contribuições de cada um. A segunda, por sua vez, aplica-se nas transações entre os particulares, que, como dito, podem ser voluntárias (compra e venda, locação, empréstimo etc.) ou involuntárias (ilícitos em geral). A justiça corretiva observa sempre e apenas o *princípio da igualdade*. O objetivo do juiz, nesse campo, será sempre restabelecer o *equilíbrio* rompido, seja pelo ato ilícito praticado, seja pelo descumprimento do contrato” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Sinalagma funcional e contratos de prestação de serviços educacionais...* p. 537).

compreensão; por outro lado, usa uma expressão grega (συνάλλαγμα), de sentido igualmente complexo. Costuma-se ler o fragmento a partir dos desenvolvimentos posteriores dos conceitos.

Pode-se, contudo, em favor do fragmento e negando a tese de que Labeão ou Ulpiano teriam “errado”, afirmar simplesmente que os romanos estavam, naquela altura, a receber influência grega para enriquecer seu universo de transações: sinalagma corresponderia a uma categoria de “responsabilidade” (*contractus*) nova, baseada no *do ut des, do ut facias* etc. É o que se extrai do fragmento de Ulpiano em D. 2, 14, 7, 2³³⁴, quando o jurista afirma que, segundo a elegante resposta de Celso a Aristão, “há obrigação (...) se eu te der uma coisa para que tu me dês outra, <ou se> eu der para que tu faças algo”, complementando que “isso é o *synallagma*, e daí nasce uma obrigação civil”.

Ora, Ulpiano afirma também claramente que as convenções assim formadas, ainda que não se reconduzissem aos contratos conhecidos, eram fonte de obrigação, desde que houvesse uma causa; e, quando não houvesse causa alguma <para a obrigação>, não se constituiria obrigação. É na sequência que o jurista afirma: “Assim, um pacto nu não gera uma obrigação, mas gera uma exceção”³³⁵.

Parece ser essa a opinião de Michel Villey³³⁶, compreendendo-se que a partir da posição desse autor, que aquele fragmento (D. 50, 19, 16) não enuncia uma fórmula genérica e abstrata para definir “contrato”, mas apenas acresce à rica realidade romana um conjunto de transações que transcendiam as figuras então conhecidas dos pactos.

1.4. A idealização da *exceptio non adimpleti contractus* na Idade Média

A *exceptio non adimpleti contractus* surgiu na Idade Média, por obra dos pós-glosadores, apesar de que contribuíram significativamente para sua configuração os estudos dos glosadores³³⁷ e dos canonistas.

³³⁴ Ulp. 4 *ad Ed.*

³³⁵ D. 2, 14, 7, 4. Ulp. 4 *ad Ed.*

³³⁶ VILLEY, Michel. *Le droit romain...* p. 117.

³³⁷ “No século XI, tornou-se famosa a Escola de Direito de Bolonha, onde Irnerius, considerado por Godofredo como o ‘*primus illuminator scientiae mostrae*’, principiaria um curso de Direito Romano e, a partir de então, criara a Escola da Glosa ou dos Glosadores. Seu método consistia em intercalar nos antigos fragmentos dos livros de *Jurisprudentia* algumas notas, ou, sendo texto de maior importância, os professores escreviam as explicações (*glossae*) em seus próprios exemplares, divulgando-os entre os discentes por meio de cópias” (RODRIGUES JUNIOR. Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos...* p. 38). Também: “(...) Se os glosadores criaram a classe dos juristas e o seu modo característico de pensar, já os consiliadores se tornaram os verdadeiros criadores do

Como explica Franz Wieacker³³⁸, os glosadores formaram uma escola³³⁹ com influência da escolástica, que procedeu à exegese, harmonização e regramento das fontes do Direito Romano³⁴⁰, utilizando-se do ferramental do *trivium* [ensino romano-helenístico que se constituía pela gramática, lógica (dialética) e retórica³⁴¹]. Apesar de terem exercido “uma significativa autoridade na vida constitucional e jurídica do seu tempo”, eram mais teóricos que práticos³⁴² e não exerceram forte influência sobre as realidades e instituições locais, nas quais os costumes tendiam a se sobrepor à tentativa de sistematização do fenômeno jurídico a partir do *Corpus Iuris Civilis*³⁴³.

A contribuição dos glosadores para o desenvolvimento da *exceptio non adimpleti contractus* ocorreu, principalmente, na tarefa de esquematização do direito contratual romano,

direito comum na Europa, através da pluralidade dos seus interesses jurídicos e omnipresença do seu impacto” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução: A. M. Botelho Espanha. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 86).

³³⁸ Como escreve Otavio Luiz Rodrigues Junior, o alemão Franz Wieacker (1908-1994) integra o panteão de juristas alemães nazi ou filonazistas (ao lado de Otto Palandt, Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz, Theodor Maunz e Alfred Hueck) (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Editora alemã faz acerto de contas histórico com autores nazistas. *Revista Consultor Jurídico*, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-28/direito-comparado-editora-alema-faz-acerto-contas-historico-autores>: 26 out. 2022). Contudo, apesar daquele jurista não ter deixado “uma contribuição metodológica em sentido estrito (...) Wieacker, ligado a Larenz por circunstâncias acadêmicas, é responsável por um dos maiores câmbios quanto à forma como o Direito Privado é visto externa e internamente. Como um elemento importante na construção da metadogmática, a *História do Direito Privado Moderno* (...) contribuiu para enfraquecer a influência de Savigny-Windscheid e abrir uma justificativa para a legitimação do novo discurso metodológico desenvolvido por Larenz (...). A magnitude do ofício de Franz Wieacker para o Direito Privado não pode ser ignorada. Ele é considerado o criador de um objeto epistemológico próprio para a História do Direito” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo...* p. 54).

³³⁹ “A escola de Bolonha honra como seu fundador o *magister artium* Irnerius (Guarnerius), de que, significativamente, também foram conservados trabalhos não jurídicos, gramáticos e lógicos. (...) No fim do séc. XII, seguem-se a acção fértil e original (do ponto de vista jurídico) de *Placentinus* (†1192?); a obra, já fortemente sintetizadora, de *Azo* († antes de 1235), cuja célebre *Summa in Codicem* se tornou uma das mais influentes obras primas da jurisprudência europeia (...). As glosas dos anteriores juristas foram reunidas por *Acúrsio* (1185-1263?) na Glosa *Ordinaria*, uma obra ‘em cadeia’ que, como *summa* canónica da famosa escola, encerra a primeira grande fase da ciência jurídica europeia e, por isso, adquire posteriormente uma autoridade que iguala a das *Pandectas*, sobrepondo-se-lhes na prática (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* pp. 55-58).

³⁴⁰ “Uma vez que os conhecimentos lógicos dos juristas medievais não encobriam as contradições abertas existentes no interior do conjunto da tradição (como na Sagrada Escritura, em Aristóteles, nas *Pandectas*), eles tratavam de os harmonizar através de artifícios lógicos, sobretudo através de *destinctiones* ou *subdistinctiones*: *quanto magis res omnin distinguetur tanto melius operatur* (Placentino). (...). Através da exegese, da harmonização, da construção de regras, constitui-se um edifício doutrinal de princípios harmónicos, talvez a primeira dogmática jurídica autónoma da história universal (...)” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 53).

³⁴¹ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 19.

³⁴² “(...) Se os glosadores criaram a classe dos juristas e o seu modo característico de pensar, já os consiliadores se tornaram os verdadeiros criadores do direito comum na Europa, através da pluralidade dos seus interesses jurídicos e omnipresença do seu impacto” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 86).

³⁴³ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 78.

apesar de não terem ampliado o “consenso para além daqueles previstos por Gaio e Justiniano, nem a uma categoria genérica de contratos ‘sinalagmático’”³⁴⁴.

Constataram, assim, que o sistema contratual romano não era racional e nele coexistiam a regra do *nuda pactio obligationem non parit*³⁴⁵ com uma variedade de acordos que, de alguma forma, foram legalmente reconhecidos, tais como (i) contratos nominados (ou *anonyma synallagmata*); (ii) contratos inominados; (iii) contratos consensuais; (iv) contratos consensuais acionáveis quando atrelados e concluídos ao mesmo tempo que um contrato nominado (*pacta in continenti adjeta*); (v) dois grupos de acordos que não eram classificados como contratos, mas eram acionáveis: o primeiro composto de obrigações denominadas *constitutum, receptum arbitri, recuptum nautarum, cauponum, sabulariorum*; o segundo, de obrigações denominadas *donatio, compromissum, dotis promissio*; (v) outros acordos que poderiam ser arguidos pelo demandado³⁴⁶.

Dessa forma, os glosadores unificaram o termo *pacta* para todos os acordos entre duas ou mais partes com intenção de criarem obrigações, dividindo-os em *pacta nuda*, que eram os acordos não acionáveis e *pacta vestita*, que eram os acordos acionáveis, cujo rol foi ampliado e passaram a serem a regra (nessa última subdivisão entrou a classificação de Gaio dos contratos em *re, verbis, consensu, litteris*)³⁴⁷.

Como os *pacta nuda* não eram acionáveis, porque não tinham “causa necessária”, os glosadores neles colocaram a causa no dever de prestação antecipada³⁴⁸. Glosadores tardios como Placentinus, Azo e Acúrsio, partindo de fragmentos do contrato de compra e venda, elaboraram a ideia de que às partes que desconfiassem uma da outra e que não encontrassem uma solução extrajudicial, como o depósito, recairia o “ônus de realização antecipada da prestação”³⁴⁹ sobre o demandante.

Como afirma Martin Pennitz os glosadores, sem alcançarem a denominação para a figura de *exceptio non adimpleti contractus*, “chegaram a um remédio processual romano

³⁴⁴ PENNITZ, Martin. §§320-332....

³⁴⁵ A força dessa regra vigorou até o século XVII, embora cada vez mais esporadicamente, como afirma ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations...*, p. 539).

³⁴⁶ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations...*, pp. 537-538.

³⁴⁷ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations...*, p. 538.

³⁴⁸ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁴⁹ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

estranho aos *bonae fidei iudicia*, que, porém, atribuía uma posição semelhante ao comprador e ao vendedor no processo”³⁵⁰.

Os contornos que a *exceptio non adimpleti contractus* veio a adquirir tiveram importantes contribuições dos canonistas e de seu sistema de regras morais, como afirma Ricardo Dal Pizzol, sendo que “o canonista Johannes Teutonicus quem, na sua glosa ao Decreto de Graciano, escrita em 1212, transpôs para o Direito os deveres morais e religiosos afirmando, pela primeira vez, que ‘*ex nudo pacto, actio oritur*’ (‘uma ação pode nascer de um pacto nu’)”³⁵¹.

Também é do canonista Hostiensis, do século XIII, a máxima *frangenti fidem, non est fides servanda* (“para aquele que rompe a fé, a fé não é mais devida”)³⁵², que foi de fundamental importância no contorno da exceção de contrato não cumprido, porque permitia que a força sagrada do juramento e da palavra empenhada em um contrato fossem afastados em prol da equidade, caso o outro contratante não executasse sua contraprestação concomitantemente à prestação³⁵³.

Os pós-glosadores sucederam os glosadores. Também denominados comentadores, tiveram por pretensão converter “o direito justinianeu, pela primeira vez, num direito comum de toda a Europa (o *jus commune*)”³⁵⁴. Sem descurem do rigor formal e metodológico dos glosadores, interpretaram mais livremente as fontes justinianeias, explorando disciplinas não desenvolvidas no Direito Romano³⁵⁵.

³⁵⁰ PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁵¹ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 47.

³⁵² DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 50.

³⁵³ Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais...* p. 146.

³⁵⁴ “Na verdade, prosseguiram o trabalho de interpretação teórica dos glosadores sobre o *Corpus Iuris* em ligação com as tarefas de ensino, também por eles mantidas; e, nomeadamente – de acordo com uma tendência cultural da Baixa Idade Média -, com auxílio de figuras lógicas ainda mais complicadas; assim, procedem de forma por vezes ainda mais formalística e literal que os pioneiros da época dos glosadores. No entanto, como em qualquer ciência viva, a continuidade metodológica foi compensada por uma renovação de seu objecto e dos seus problemas. A partir da actividade de consulta, de cuja experiência resultou em geral uma impregnação e aperfeiçoamento científicos dos direitos estatutários, e mesmo das ordens jurídica italiana e europeia. Ao converterem o seu próprio mundo quotidiano – e não apenas do da Itália e da França do sul, mas também, logo em seguida, o mundo, com este estreitamento aparentado, da Europa central e ocidental – em objecto da sua ciência, os comentadores converteram o direito justinianeu, pela primeira vez, num direito comum de toda a Europa (*jus commune*)” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 80).

³⁵⁵ Exemplo de disciplinas desenvolvidas pelos pós-glosadores: direito penal, processual, comercial, inter-local, patrimonial, de família, da utilização da terra, das pessoas coletivas. E de figuras jurídicas deduzidas, citam-se a proteção da marca e da firma (a partir dos interditos possessórios), domínio direto e domínio útil, teoria da ausência e formação do sistema contratual (cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 83 e nota de rodapé 18).

A fixação original do conceito da *exceptio non adimpleti contractus* deve-se a Bártolo de Saxoferrato (1314-1357)³⁵⁶, que a fez a partir de comentário a D. 19, 1, 13, 8³⁵⁷ e com auxílio da máxima canonista *frangenti fides, non est fides servanda*.

Construiu aquele jurista medieval o brocardo *ex contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi, nisi ab eo qui effectualiter agi, nisi ab eo qui totum contractum ex parte sua impleverit*, que pode ser assim traduzido: “em um contrato sinalagmático, o autor não pode demandar com sucesso se não cumpriu ou não ofereceu sua prestação”³⁵⁸.

Com Bártolo se reconheceu que qualquer das partes em um contrato bilateral teria o direito de não cumprir sua prestação, na hipótese de inexecução por parte do outro contratante. Essa fórmula se disseminou pela Europa entre séculos XIV e XV, e chegou a ser aplicada aos tratados celebrados entre soberanos³⁵⁹. Assim, a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* ultrapassava os contratos de compra e venda para incidir “genericamente aos *negotia ultro citroque contracta*”³⁶⁰.

Cino de Pistóia (1270-1336)³⁶¹, que foi professor de Bártolo de Saxoferrato, á havia modificado levemente o entendimento dos glosadores, de que o demandante deveria prestar

³⁵⁶ “Após mais do que uma geração, trabalhou em Perugia o mais célebre dos consiliadores, cujo nome quase se tornou durante séculos na designação genérica dos juristas, *Bártolo de Saxoferrato* (1314-1357), que ultrapassou, de longe, qualquer outro na produtividade inesgotável e na amplíssima influência sobre o seu tempo” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 85).

³⁵⁷ D. 19, 1, 13, 8. Ulp. 32 ad ed. “Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit” (“Tratando de intentar a ação de compra, deve o comprado oferecer o preço, de sorte que, se apenas oferecer parte do preço, não terá o direito de intentar a referida ação, pois o vendedor pode reter, a título de penhor, a coisa vendida até ser pago”).

³⁵⁸ “A ideia subjacente às fontes romanas foi generalizada pelos comentaristas (*‘Ex contractu ultro citroque obligatorio non potest efficaciter agi nisi ab eo qui totum contractum ex parte sua impleverit’*: Bartolus, *Commentaria*, ad D. 19, 1, 13, 8; além das instâncias individuais do direito romano, esta regra era muitas vezes baseada na regra geral princípio do *‘fidem frangenti fides frangitur’* do direito canônico medieval; (...) a *‘exceptio non adimpleti contractus’* permaneceu parte integrante da *ius commune* até os dias dos pandectistas (...) e foi incorporada ao BGB (...). No original: “The idea underlying the Roman sources was generalized by the commentators (*‘Ex contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi nisi ab eo qui totum contractum ex parte sua impleverit’*: Bartolus, *Commentaria*, ad D. 19, 1, 13, 8; apart from the individual instances of Roman law, this rule was often based on the general principle of *‘fidem frangenti fides frangitur’* of the medieval canon law; the *‘exceptio non adimpleti contractus’* remained part and parcel of the *ius commune* down to the days of the pandectists (...) and was incorporated into the BGB (...)” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations...*, p. 801, nota de rodapé 133).

³⁵⁹ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 47-52.

³⁶⁰ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁶¹ “(...) contemporâneo e compatriota de Dante, ao mesmo tempo jurista prático e pré-humanista e, como poeta lírico do *dolce stil nuovo*, precursor também da cultura literária italiana” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* pp. 84-85).

primeiro, cogitando a substituição da “realização antecipada da prestação pela entrega ao juiz ou mesmo pela realização de uma prestação de garantia, como o depósito da coisa devida”³⁶².

Por fim, Baldo de Ubaldis (1327-1400)³⁶³ apresentou proposta relevante “para a operacionalização da exceção de não cumprimento”³⁶⁴, ao conceber que a sentença que julga a ação do autor será de procedência e condicionada (*sententia sub modo*), condenando o réu a realizar a prestação se o autor realizar a sua³⁶⁵. Também sublinhou aquele autor tratar-se de uma exceção dilatória e não peremptória, “questão controvertida entre os juristas medievais”³⁶⁶.

A *exceptio non adimpleti contractus* foi recebida pelo *usus modernus pandectarum* como verdadeira exceção.

Apesar de ser detectado como um movimento da história do Direito formatado na Alemanha, o *usus modernus pandectarum* espalhou-se para o resto da Europa no início da Idade Moderna, sendo considerado “o início autêntico da doutrina ainda hoje viva, embora o seu contributo humilde possa ter sido obscurecido pelo brilho de épocas posteriores”³⁶⁷. Era uma miscigenação do *ius commune*, do direito justinianeu (com o recém compilado *Corpus Iuris Civilis*), dos costumes e regras locais da Europa ocidental e central, do direito medieval (*ius utrumque*), do direito canônico e do jusnaturalismo³⁶⁸.

³⁶² PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁶² Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁶³ “A ele [Bártolo de Saxoferrato] se segue também em reputação Baldo de Ubaldis (1327-1400), pouco mais novo, menos sintético, contudo mais preciso e mais rico do ponto de vista intelectual” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 85).

³⁶⁴ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 61.

³⁶⁵ Cf. FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 61.

³⁶⁶ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁶⁶ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁶⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno...* p. 238.

³⁶⁸ “A partir de do final da Idade Média até a época da Revolução Francesa, os países da Europa Ocidental e Central tinham uma lei comum e uma ciência jurídica comum. A criação desse *ius commune* foi parte de um fenômeno civilizatório mais dramático e de longo alcance: o chamado Renascimento do século XII. Tanto a Igreja Romana quanto o Império Romano (da nação alemã) reivindicaram serem supremos e autoridades universais, e eles precisavam de sistemas jurídicos racionais como fonte de legitimidade e como meio de controle e organização. Assim, o novo método escolar de análise e síntese foi aplicado aos textos oficiais: os cânones, por um lado, e à recém redescoberta lei justinianeia foram compilados no que veio a ser conhecido como *Corpus Iuris Civilis*. O Direito Romano, então, tornou-se um dos dois principais ingredientes do medieval *ius utrumque*; mas, em contrapartida, o direito canônico foi fortemente influenciado pelo Direito Romano (‘*Ecclesia vivit lege Romana*’). No original: “From the late Middle Ages until the time of the French Revolution, the countries of Western and Central Europe had a common law and a common legal science. The creation of this IUS commune was part of a most dramatic and far-reaching civilizatory phenomenon: the so-called Renaissance of the 12th century. Both the Roman Church and the Roman Empire (of the German nation) claimed to be supreme and universal authorities, and they needed rational legal systems as a source of legitimacy and as a means of control and organization. Thus, the new scholastic method of analysing and synthesizing was applied to the authoritative texts: the canones, on the

Quanto à formação da *exceptio non adimpleti contractus*, podem ser ressaltados, desse período, os seguintes desenvolvimentos teóricos: (i) o conceito de contrato bilateral (*contractus bilateralis aequalis*) foi estabelecido, apesar de seus deveres mútuos terem sido idealizados pelo jusnaturalista Hugo Grócio (para o Direito Internacional) por meio da *conditio*, onde “as disposições contratuais individuais estariam ligadas por uma condição que permitiria a uma parte não ter de cumprir, quando a outra parte não cumprisse, por sua vez, o acordado no mesmo contrato”³⁶⁹ e (ii) os juristas Christian Wolf e Samuel Pufendorf conceberam que as obrigações emergentes de um contrato bilateral estão reciprocamente condicionadas, embora as consequências para o rompimento do vínculo entre as prestações fosse a resolução do contrato³⁷⁰.

Assim, o que se pode dizer é que com o *usus modernus* fixou-se mais fortemente a ideia de reciprocidade sinalagmática, e, com isso, a *enac* encontrava espaço para se desenvolver, justamente porque a *ideia do contrato e dos deveres contratuais*, que é o seu centro formatador, se desenvolvia.

2. Das Codificações ao Direito Comunitário

2.1. As legislações alemãs do século XVIII

Não se pode afirmar categoricamente que legislações alemãs anteriores ao *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) prescreveram a exceção de contrato não cumprido tal como foi codificada em 1900.

Há, contudo, figuras próximas, como a do *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, o Código Civil da Baviera de 1756, que estatuiu, para os contratos de compra e venda (“que servia

one hand, and the recently rediscovered Justinianic law as compiled in what came to be known as the *Corpus Juris Civilis*, on the other. Roman law thus became one of the two principal ingredients of the medieval *ius utrumque*; but its counterpart, the canon law, was heavily influenced by it as well (‘*Ecclesia vivit lege Romana*’)” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations...*, prefácio, ix).

³⁶⁹ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* pp. 66-67.

³⁷⁰ Cf. FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 65.

de modelo para todos os contratos consensuais”³⁷¹), que a prestação de entrega da coisa deveria ocorrer contra a prestação de pagamento e vice-versa³⁷².

No *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Saaten* (ALR), Código da Prússia de 1794, o autor que exigia o cumprimento de uma prestação em contrato bilateral tinha de provar se cumpriu a sua ou se estava obrigado a cumprir sua prestação após o réu, entendendo a doutrina não se tratar de uma figura com natureza jurídica de verdadeira exceção.

Essa concepção do ALR originou, inclusive, um novo entendimento do contrato bilateral na doutrina alemã, de “que o conteúdo de cada uma das prestações estaria limitado pela realização da contraprestação, ou seja, cada contraente não teria um direito à prestação *tout court*”³⁷³.

Esse entendimento, que sempre foi minoritário, ficou conhecido como “teoria da pretensão una de troca” ou “teoria da limitação prestacional imanente”, que se contrapõe à “teoria das pretensões autônomas”³⁷⁴ e teve adeptos como Karl Larenz³⁷⁵. Em um contrato bilateral não existiriam duas pretensões plenas a que se pode opor exceções para que se induza a troca, mas sim duas pretensões iguais à troca: deve-se tão somente a realização simultânea da prestação.

Logo, não haveria inadimplemento se uma parte não desejar realizar a prestação sem que a outra se ofereça a cumprir a própria obrigação, uma vez que ela é obrigada se, e somente se, a outra oferecer-se a cumprir. No entanto, a segunda parte do artigo, meramente facultando o vendedor a forçar a troca das prestações, distancia a convenção dessa construção.

2.2. As codificações do século XIX

2.2.1. *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)

O BGB previu a *enac* (e sua figura parcelar, a *exceptio non rite adimpleti contractus*) com o nome *Einrede des nicht erfüllten Vertrages*, no §320, (1) e (2), respectivamente:

§320. Exceção de contrato não cumprido

³⁷¹ PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁷² PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁷³ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 68.

³⁷⁴ Cf. GERNHUBER, Joachim. *Das schuldverhältnis...* pp. 328-353.

³⁷⁵ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts...* p. 203 ss.

(1) Aquele que está obrigado com base em um contrato sinalagmático, pode se recusar à realizar a sua prestação até a realização da contraprestação, a não ser que esteja obrigado a prestar antecipadamente. Se a prestação tiver de ser realizada a mais de uma pessoa, então ele pode se recusar a realizar a prestação a cada um até que a totalidade da contraprestação seja realizada. A disposição do §273, III, não se aplica aqui.

(2) Caso uma das partes tenha prestado parcialmente, a outra parte não pode se recusar à realização da contraprestação se sua recusa, de acordo com as circunstâncias, e especialmente considerando a relativa insignificância da parte da prestação que falta, violar a boa-fé.

Mas, antes desta codificação, o instituto foi discutido na doutrina alemã, principalmente, se se estava diante de verdadeira exceção ou se o cumprimento, por parte do autor, seria um requisito para que ele pudesse intentar a ação³⁷⁶. Assim, discutia-se esse *requisito* que torna a *enac* verdadeira exceção. Como visto, a *enac* é mobilizada justamente por aquele contratante que foi constrangido pela exigência de cumprimento feita por quem não cumpriu. Isso a torna verdadeiramente uma exceção, na medida em que paralisa a pretensão alheia do cumprimento (enquanto não cumprir a própria prestação). Mas essa era justamente a discussão empreendida já nos tempos anteriores à entrada em vigor do BGB.

A natureza jurídica da *enac* tornou-se tema relevante na doutrina alemã pré-codificação porque, no século XVIII, houve um afastamento do pensamento dos juristas medievais (que fixaram a *exceptio non adimpleti contractus* como uma exceção em sentido próprio) em prol da compreensão de que o não oferecimento da contraprestação pelo autor no momento da demanda seria considerado falta de pressuposto da ação³⁷⁷.

O jurista alemão Heerwart publicou na *Archiv für die civilistische Praxis* em 1824 um artigo denominado “*Ueber die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus*”, reintroduzindo o entendimento de que a *enac* é verdadeira exceção³⁷⁸.

Com fundamento no Direito Romano, aquele autor caracterizou *enac* como um caso especial de direito geral de retenção que corresponderia a uma verdadeira exceção³⁷⁹. O direito geral de retenção, por sua vez, é meio de tutela jurídica do devedor, que deve ser exercido por uma exceção em sentido próprio³⁸⁰.

³⁷⁶ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 73.

³⁷⁷ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 65.

³⁷⁸ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 73-74.

³⁷⁹ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 70.

³⁸⁰ Cf. FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 70. Continua a autora: “(...) Heerwart defende não existir fundamento para distinguir as hipóteses em que a recusa de realização da prestação se funda no não cumprimento de um contrato bilateral dos demais casos em que ao devedor é reconhecido um direito de retenção da prestação” (*op. cit.*, mesma pág.).

Identificando as prestações de um contrato sinalagmático como independentes entre si, assim como as respectivas pretensões de cumprimento das partes³⁸¹, o autor tem direito de exercer pretensão pelo não cumprimento do réu, *que também tem direito de exercer tutela jurídica contra a pretensão do autor que não tenha cumprido*. O fundamento da *enac* não seria o incumprimento do autor, mas a circunstância do réu ser também credor do autor³⁸².

Quanto a questões procedimentais da *enac*, pode-se assim sintetizar as posições de Heerwart: (i) não poderia ser conhecida de ofício pelo juiz; (ii) o ônus da prova seria do réu na oposição da exceção de não cumprimento do contrato, de que o autor não cumpriu sua prestação, uma vez que o fundamento da exceção é o fato do réu-excipiente “ser credor da contraprestação e não no incumprimento dessa obrigação de contraprestar por parte do autor-credor”³⁸³; (iii) o ônus da prova seria do autor na réplica, de que cumpriu sua prestação, ou que se ofereceu para cumpri-la ou depositá-la³⁸⁴; (iv) o ônus da prova seria do réu na oposição da *exceptio non rite adimpleti contractus*, de que recebeu do autor uma prestação defeituosa ou a menor³⁸⁵.

A concepção de Heerwart (a qual, como se vê, trata da natureza e do comportamento processual da *enac*) prevaleceu na doutrina alemã da segunda metade do século XIX, apesar de ter sido largamente criticado seu entendimento, para a *enac*, em especial que “a estruturação do direito ‘geral’ de retenção corresponderia à existência de uma ‘verdadeira’ exceção”³⁸⁶.

As críticas iam no seguinte sentido: derivando a *enac* de contratos sinalagmáticos, seria preciso identificar se o pedido do autor na ação se dirigiria para a troca simultânea das prestações ou para a entrega da prestação pelo réu. Se o pedido do autor fosse para que o réu entregasse sua prestação, a *enac* oposta pelo réu, uma vez compreendida como exceção (direito de retenção), impor a rejeição ou limitação do pedido do autor, não havendo, nesse caso, exceção³⁸⁷.

³⁸¹ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁸² Cf. FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 70.

³⁸³ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 70.

³⁸⁴ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁸⁵ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁸⁶ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...

³⁸⁷ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332...pp. 1.779-1.812.

Um dos críticos das concepções de Heerwart foi Friedrich Ludwig von Keller (1799-1860), que publicou em 1860, no *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, um capítulo denominado *Noch etwas über die Exceptiones non impleti und non rite adimpleti contractus*.

O autor entendeu que as prestações de um contrato sinalagmático estão unidas desde o início, quando o contrato é concluído, “de tal forma que a realização de cada prestação só podia ser exigida contra a realização simultânea da contraprestação, ou seja, só podia ser exigida ‘Zug und Zug’”³⁸⁸. Ao autor caberia demonstrar a conclusão do contrato e pedir a condenação do réu contra a realização de sua contraprestação³⁸⁹.

Essas duas teorias, denominadas respectivamente *teoria da exceção* e *teoria da troca*, rivalizam entre os doutrinadores alemães, mas prevaleceu a posição que segue a teoria da exceção, acolhida no BGB e mantida com a Reforma do Direito das Obrigações de 2001-2002³⁹⁰. A decisão pela teoria da exceção, segundo Volker Emmerich, se fez também por razões processuais, poupando-se o autor de ter de afirmar, no processo, o fato de já ter adimplido³⁹¹.

Entende a doutrina que a *exceptio non adimpleti contractus* e a *exceptio non rite adimpleti contractus* foram recebidas pelo BGB porque ali não se admitia a resolução do contrato:

“Defende-se por exceção, pedindo, não a ruptura, mas sim a manutenção do vínculo contratual. Pede a fixação de um novo termo, para a sua obrigação, pautada pela simultaneidade do cumprimento. Esse novo termo funciona assim como meio de pressão e meio de garantia”³⁹².

As características principais da exceção de incumprimento no direito alemão são (i) ser uma verdadeira exceção, pois “em nenhum momento se condiciona a existência do próprio direito de crédito ao fato de já se ter prestado. Pelo contrário: diz-se expressamente que a parte poderá se autodefender retendo a prestação devida à parte contrária, até que esta cumpra o pactuado”³⁹³; (ii) ter o efeito de suspender, uma vez acolhida a exceção, a pretensão de

³⁸⁸ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* pp. 71-72.

³⁸⁹ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 72.

³⁹⁰ “Os §§320 a 322 sofreram ainda outras modificações menores em 2001 no que concerne à exceção de contrato não cumprido. Por mais que houvesse diversas propostas nesse sentido, a Comissão de Alteração do Direito das Obrigações negou, em seu parecer de 1991, a necessidade de alteração do §320, limitando as propostas de alteração à chamada exceção de insegurança do §321. Nisto que se aferiu também a proposta de discussão de 2000, bem como a proposta governamental de Alteração do Direito das Obrigações de 2001” (EMMERICH, Volker. *Vor §322...*).

³⁹¹ EMMERICH, Volker. *Vor §322...*

³⁹² ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato...* p. 29.

³⁹³ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 75.

cumprimento do demandante, condenando-se o demandado a cumprir recíproca e simultaneamente com o demandante.

Afirma Ricardo Dal Pizzol, para o BGB:

Com efeito, a condenção do réu-exicipiente ao cumprimento da prestação cobrada, condicionando, todavia, sua execução ao adimplemento da contraprestação do excepto (...) só é condizente com a concepção de que a *exceptio* se destina a paralisar a eficácia da pretensão do autor, sem objetar a existência do crédito reclamado³⁹⁴.

Continua o autor afirmando que se a obrigação de contraprestar só nascesse após a outra parte ter prestado ou disponibilizado a prestação, “o resultado só poderia ser o indeferimento da petição inicial ou a improcedência, a depender das regras processuais vigentes”³⁹⁵. Com isso parece que, realmente, parece ter ficado vitoriosa a teoria da exceção de Heerwart.

2.2.2. Código Civil francês e desenvolvimento doutrinário da *exceptio non adimpleti contractus* na França

O *Code Civil* de 1804 não previu a exceção de contrato não cumprido expressamente³⁹⁶.

Diversos fatores podem ter concorrido para essa omissão: (i) a ausência de menção da *exceptio non adimpleti contractus* nas fontes romanas³⁹⁷; (ii) o desprestígio das instituições romanas a partir do século XVI, dentre os contratantes³⁹⁸; (iii) a escola de Cujas, que pregava a libertação do Direito Romano das glosas³⁹⁹; (iv) a concepção de que se tratava de uma regra

³⁹⁴ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 75.

³⁹⁵ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 75.

³⁹⁶ “Da tradição herdada, o *Code* baseou-se substancialmente em quatro pilares (...): a) o direito romano, tal como sistematizado por Domat e Pothier; b) o direito consuetudinário, particularmente o *Coutume de Paris*; c) o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas; d) o direito jurisprudencial dos *Parlements*, especialmente o de Paris, de longe o mais influente” (FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 198, pp. 59-88. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, arb.-jun. 2013, p. 69).

³⁹⁷ “Apesar dos autores mais representativos do movimento da pré-codificação francesa, como Domat ou Pothier, reconheceram a necessidade de as obrigações emergentes de um contrato bilateral serem cumpridas simultaneamente, o segundo plano, para o qual os humanistas franceses tinham relegado a exceção de não cumprimento, acabou por determinar que o instituto não tivesse, enquanto tal, consagração legal no Código Civil napoleônico, mas somente as exceções, como é o caso da *exceptio non numeratae pecuniae*, que se encontravam expressamente consagradas nas fontes de Direito Romano clássico” (FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 63).

³⁹⁸ Cf. CASSIN, Réne. *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus)...* p. 124. No original: “Dépouillée dès le XVI^e siècle du prestige qui s'attache aux institutions du droit romain, délaissée fréquemment par les contractants qui lui préféreraient les nouvelles garanties créées par la jurisprudence, utilisée assez souvent sous un nom autre que le sien, l'exception non adimpleti contractus a donc été peu connue sous notre ancien droit”.

³⁹⁹ “Esta omissão do Código Napoleão tem a sua explicação histórica. A regra *exceptio non ad. contractus*, se logrou êxito no primitivo Direito germânico, o mesmo não sucedeu, em relação ao Direito francês, pois, se até o

moral, pouco jurídica⁴⁰⁰; (v) a força do princípio *pacta sunt servanda*, presente no art. 1.134 do *Code Civil*⁴⁰¹; (vi) a predileção dos franceses pela condição resolutiva tácita, prevista no art. 1.184 do *Code*⁴⁰²; (vii) o repúdio da doutrina francesa a qualquer distinção entre contrato de lei estrita e contratos de boa-fé; entre contratos nomeados e pactos nus ou inominados⁴⁰³.

A exceção de incumprimento não foi positivada no *Code Civil*, apesar dos juristas que influenciaram a codificação, Jean Domat e Robert Joseph Pothier, terem aderido à execução “*trait pour trait*”.

O primeiro reconhecia que nas convenções com prestações recíprocas, um dos efeitos seria que um contratante, uma vez tendo cumprido sua obrigação, poderia obrigar o cumprimento do outro. O segundo, que nos contratos sem nenhum termo o cumprimento das obrigações deveria ser simultâneo⁴⁰⁴, apesar dos dois juristas entenderem que o autor da

século XVI os romanistas e a jurisprudência dos Paramentos, especialmente as do Meio Dia, acolheram, a partir daquela época foi abandonada, de um modo quase completo. Este desaparecimento deve-se à escola de CUJAS, cujo objetivo consistia em liberar o Direito romano das influências da Glossa, e reedificá-lo em sua pureza primitiva. E com em nenhuma parte os textos tratavam desta exceção, nem o próprio CUJAS a ela se referiu, o que, por sua grande influência, contribuiu grandemente para que a exc. n. ad. cont. perdesse tôda a sua fôrça, aliando-se a tudo isto o próprio silêncio de POTHIER” (SERPA LOPES, José Miguel Maria de. *Exceções substanciais...* p. 150).

⁴⁰⁰ Cf. CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 2, 2.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2017, p. 2.248. No original: “Peut-être l’avait-on trouvée trop morale, pas assez juridique. Peut-être s’était-on aperçu, plus simplement, que la morale aisément servir d’alibi à la chicane”.

⁴⁰¹ “Art. 1.134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leus consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorize. Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

⁴⁰² “Art. 1.184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour l’ecas où l’une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans se cas, le contrat, n’est point résolu le plein droit. La partie envers laquelle l’engagement n’a résolu de plein droit. La partie envers laquelle l’engagement n’a point été exécuté, a le choix ou de forcer l’autre à l’exécution de la Convention lorsqu’elle est possible, ou d’em demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demnadée en justice, et il peut être accordé au défendeur um délai selon les circonstances”. No mesmo sentido: “No século XVI, o princípio da execução simultânea das obrigações sinalagmáticas não sofria já qualquer contestação (...). Evolução inversa é a do direito francês (...) a partir do século XVI, deixando a figura de aparecer nas obras dos tratadistas e nas decisões dos tribunais. Até aí, o princípio era acolhido pelos romanistas e aplicado pela jurisprudência, sobretudo da França meridional, sob influência da doutrina do direito canônico. Só que uma outra regra – a *resolução por incumprimento*, também elaborada e desenvolvida pelos canonistas e confirmada pela noção de causa final de Bártolo, mas correspondendo melhor às necessidades económicas da época – vai então ganhar-lhe um certo predomínio e acabar por o fazer cair no esquecimento” (ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato...* p. 20).

⁴⁰³ Cf. CASSIN, René. *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le Droit de rétention, la compensation et la résolution...*, p. 124. No original: “Et le droit français qui a répudié définitivement toute distinction entre le contrat de droit strict et ceux de bonne foi, entre les contrats nommes et le pactes nus ou innommés, ne pouvait pas ne pas admettre le principe de l’exécution ‘trait pour trait’ et sa sanction”.

⁴⁰⁴ Cf. CASSIN, René. *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le Droit de rétention, la compensation et la résolution...*, pp. 126-127. No original: “Il faut enfin noter que les civilistes de notre ancien droit que l’on considère à juste titre comme les précurseurs du Code civil, ont donné expressément leur adhésion an principe de l’exécution ‘trait pour trait’. Domat tout d’abord s’exprime en ces termes : ‘En toutes conventions l’engagement de l’un étant le fondement de

demanda já deveria trazer a prova de que prestara para exigir que o outro cumprisse a obrigação correlata, quando na exceção de contrato não cumprido o “mecanismo é inverso: se o autor cobra antes de ter prestado fica sujeito à *exceptio*”⁴⁰⁵.

Por fim, aponta René Cassin que os primeiros autores que conectaram o princípio da execução simultânea das obrigações contratuais às prescrições do artigo 1.134 foram Aubry e Rau, mas que o uso da expressão *exception non adimpleti contractus* se deve a um professor da Universidade de Estrasburgo em 1840, Rauter, para diferenciar o instituto do direito de retenção⁴⁰⁶.

A *segunda etapa* do itinerário da exceção de contrato não cumprido na França ocorreu quando a pandectística germânica começou a influenciar os franceses, e especialmente com a divulgação dos trabalhos preparatórios do BGB⁴⁰⁷. Nessa etapa, houve o desenvolvimento *praeter legem* da *exception d'inexécution*⁴⁰⁸, a partir da doutrina de Raymond Saleilles (1855-1912), que firmou o uso da expressão no direito francês⁴⁰⁹.

Saleilles sustentou que o recurso usual para inexecução contratual seria a resolução⁴¹⁰, mas que a exceção de incumprimento existia entre os franceses na compra e venda, (i) a favor do vendedor, que poderia recusar a entrega da coisa até o pagamento do preço (art. 1.612, do

l'autre, le premier effet de la convention est que chacun des contractants *peut obliger l'autre à exécuter son engagement en exécutant le sien de sa part*, selon que l'un et l'autre y sont obligés par la convention; soit que l'exécution doive se faire de part et d'autre dans le même tems, comme s'il est convenu dans une vente que le prix sera payé lors de la délivrance ; ou que l'exécution doive précéder de la part de l'un... ou de la part de l'autre...'. Quant à Pothier, il est encore plus formel. Dans son traité de la *Vente* il s'occupe de la question à trois reprises: 'Lorsque le contrat ne porte aucun terme, dit-il, le vendeur peut former incontinent cette action contre l'acheteur, aux offres qu'il doit lui faire de Lui livrer la chose'. Inversement 'l'acheteur qui soutient que le vendeur a bien voulu lui faire crédit et suivre sa foi doit le prouver. Le crédit ne se présume point: au contraire dans les contrats synallagmatiques chacun est présumé ne vouloir accomplir son engagement qu'autant que l'autre partie accomplira en même temps le sien''.

⁴⁰⁵ DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 62.

⁴⁰⁶ Cf. CASSIN, René. *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le Droit de rétention, la compensation et la résolution...*, p. 128. No original: “Il faut cependant réserver une place spéciale à Aubry et Rau qui, guidés par une intuition très sûre, ont les premiers rattachés le principe de la simultanéité d'exécution aux prescriptions de l'article 1134 du Code civil, d'après lequel toutes les convention doivent être exécutées de bonne foi (...). Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que le nom même de l'exception *non impleti*, ou *non adimpleti contractus* soit resté complètement ignoré des auteurs français jusqu'aux dernières années du XIX siècle. On le trouve en effet dès 1840 sous la plume d'un professeur de l'université de Strasbourg, Rauter, qui lui, l'emploie pour le mettre en opposition directe avec le droit de rétention”.

⁴⁰⁷ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 62.

⁴⁰⁸ Cf. PENNITZ, Martin. §§320-332... pp. 1.779-1.812.

⁴⁰⁹ Cf. ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato...* p. 23.

⁴¹⁰ Cf. SALEILLES, Raymond. Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements (exception de refus de paiement pour inexécution ou exception non adimpleti contractus). *Annales de Droit Commercial Français, Etranger et International*, v. 7, p. 24-216, 1893, p. 26.

*Code Civil*⁴¹¹) e (ii) a favor do comprador (art. 1.653⁴¹², do *Code Civil*), que poderia recusar o pagamento do preço não recebendo a coisa⁴¹³.

O direito à execução simultânea, afirma, seria inerente a todos os contratos sinalagmáticos e uma forma de se executar o contrato, sendo incorreto enxergar a figura como direito de retenção no sentido técnico da expressão, que é uma garantia de pagamento fundada na equidade quanto a dívidas conexas, sem que sejam necessariamente obrigações contratuais recíprocas⁴¹⁴.

Seguiu-se então o importante trabalho de René Cassin, já referido, e a obra de Henri Capitant. O primeiro sustentou uma aplicação mais ampla da figura, que não se circunscrevesse tão somente aos contratos sinalagmáticos. Já o segundo, com fundamento na doutrina da causa, tinha uma concepção mais restritiva da exceção de contrato não cumprido: “a *exceptio* só podia ser invocada quando não fosse cumprida uma prestação que fosse causa da contraprestação, o que não sucederia, por exemplo, relativamente ao não cumprimento de uma obrigação acessória emergente de um contrato sinalagmático”⁴¹⁵.

Autores franceses mais recentes, que comentaram a exceção de contrato não cumprido antes da alteração legislativa de 2016, como Cristian Larroumet, também a justificam na teoria da causa das obrigações, que preside a formação e execução dos contratos sinalagmáticos

⁴¹¹ “Art. 1.612. Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement”. Este artigo está inserido na Seção I (*Dispositions générales*), do Capítulo IV (*Des obligations du vendeur*), do Título VI (*De la vente*), do Livro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*).

⁴¹² “Art. 1.653. Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera”. Este artigo está inserido no Capítulo V (*Des obligations de l'acheteur*), do Título VI (*De la vente*), do Livro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*).

⁴¹³ No original: “Tout d'abord l'exception de refus de paiement pour inexécution existe chez nous, cela ne fait de doute pour personne. Le Code civil l'a surtout consacrée en matière de vente au profit du vendeur lorsqu'il s'agit pour lui de se refuser à livrer la chose vendue tant qu'il n'est pas payé du prix; mais tout le monde reconnaît que forcément la même exception existe au profit de l'acheteur qui peut retenir son prix tant que le vendeur n'est pas disposé à livrer la chose, et le Code civil a fait une application d'une exception de ce genre au profit de l'acheteur, en admettant qu'il puisse refuser son prix au cas de *menaces* d'éviction (art. 1653). Et ce qui est dit de la vente est étendu par tous les auteurs à tous les contrats synallagmatiques; cela pouvait faire d'autant moins de doute chez nous que la résolution est de droit pour inexécution (art. 1184): or le droit d'exiger la résolution implique sommation préalable d'exécution, et notre exception n'est pas autre chose qu'une mise en ouvre, lorsque le créancier se trouve sous le coup d'une poursuite, de l'action qui lui appartient en vue d'obtenir, pour ce qui lui est dû, l'exécution du contrat. La chose ne fait donc aucun doute”. (SALEILLES, Raymond. *Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements...* p. 209).

⁴¹⁴ Cf. SALEILLES, Raymond. *Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements...* p. 209.

⁴¹⁵ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 64.

perfeitos e imperfeitos. Trata-se de um *moyen de pression* (“meio de pressão”) que o devedor exerce sobre o credor. A obrigação do devedor deve ser possível e a obrigação do credor deve ser certa, com efetivo descumprimento (não mero receio)⁴¹⁶.

A terceira etapa do itinerário da exceção de contrato não cumprido na França dá-se com a *Ordonnance* nº 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016⁴¹⁷, que promoveu alterações do *Code Civil*, e sua consagração geral no artigo 1.219, admitindo-se igualmente a “exceção de insegurança” no art. 1.220:

L'exception d'inexécution

Art. 1.219. Uma parte pode recusar-se a cumprir sua obrigação, mesmo que exigível, se a outra [parte] não executar a sua e se esta inexecução for suficientemente grave⁴¹⁸.

Art. 1.220. Uma parte pode suspender a execução de sua obrigação desde que seja manifesto que o outro contratante não cumprirá a tempo e que as consequências desta inexecução sejam suficientemente graves para ela. Esta suspensão deve ser notificada dentro do melhor prazo⁴¹⁹.

A reforma consolida o instituto da *enac* e da exceção de insegurança, que já eram admitidos, como se viu, há longo tempo nos usos da jurisprudência e nos trabalhos da doutrina. Segue-se, com isso, a orientação geral da Reforma do Direito francês, de assimilar aquilo que se consagrou na doutrina e jurisprudência.

Apenas, como se afirmou no início desta tese, desde o fim dos anos 1970, por conta da Circular do Ministério da Justiça que recomendava aos magistrados não usar o latim, caiu em desuso a expressão *exceptio non adimpleti contractus*, e firmou-se o termo “*exception d'inexécution*”, agora finalmente incorporado ao *Code*.

Agora, com sua codificação – verdadeiramente a codificação de um instituto pretório⁴²⁰ –, o debate adquiriu novo impulso, muito embora, como anota Thomas Genicon, não se trate de

⁴¹⁶ Cf. LARROUMET, Christian. *Droit Civil*. t. III, 6.ed. Paris: Economica, 2007, p. 798-807.

⁴¹⁷ “Na ausência de um ‘poder legislativo’, ao longo de toda a Idade Média e a Moderna, os reis franceses ocasionalmente assumiam o papel de legisladores, editando *Ordonnances* (ordenações). Até o século XVI, tais ordenações disciplinavam substancialmente aspectos do sistema feudal, questões procedimentais e administrativas. A partir do século XVI (com a *Ordonnance de Moulins*, de 1566, exigindo prova escrita para os contratos e criando a figura da hipoteca judiciária) e, principalmente do século XVII, houve uma mais incisiva intervenção legislativa em áreas do que hoje se denominaria direito material” (FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil francês*... p. 62).

⁴¹⁸ No original: “Art. 1219. Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave”.

⁴¹⁹ No original: “Art. 1220. Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais”.

⁴²⁰ GENICON, Thomas. *L'exception d'inexécution*... p. 311.

um ponto muito polêmico⁴²¹. Esse autor, contudo, realça bastante o valor prático do instituto, partindo dessa utilidade para identificar os requisitos de aplicação e o campo de incidência da *enac*, uma vez que a linguagem do art. 1.219 do *Code* é bastante vaga.

Para Thomas Genicon, por exemplo, as incertezas relativas à expressão “suficientemente grave” para qualificar o incumprimento do *excepto* que autoriza o uso da *enac* são de certo modo positivas: o legislador manteve uma dúvida que sempre existiu, deixando o campo aberto à reflexão nesse ponto sensível⁴²².

O advérbio “suficientemente” foi inserido como herança da jurisprudência da Cassação, que chegou a essa solução diante de circunstâncias concretas, pois a gravidade do incumprimento do *excepto* nunca se baseou em medidas abstratas, mas em uma gravidade observável concretamente, em face das circunstâncias contratuais⁴²³.

Ainda, para o autor, o fato de o art. 1.219 ter feito apenas a exigência de incumprimento “suficientemente grave” leva a crer que basta esse requisito para que se aplique uma *enac* integral, ou seja, uma retenção completa da prestação do excipiente⁴²⁴.

Essa “desproporção”, autorizada pelo ordenamento francês, estaria mais de acordo com a função de pressão da *enac*⁴²⁵. Ver-se-á isso novamente no Capítulo 3, ao tratar-se do problema da gravidade do incumprimento e da proporcionalidade da *enac*.

2.2.3. O Código Civil italiano

Na Itália, o Código Civil de 1865 não acolheu a *enac*, positivada apenas com o Código de 1942:

Art. 1.460. *Eccezione d'inadempimento*

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

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

⁴²¹ GENICON, Thomas. L'exception d'inexécution... p. 310.

⁴²² GENICON, Thomas. L'exception d'inexécution... p. 318.

⁴²³ GENICON, Thomas. L'exception d'inexécution... p. 321.

⁴²⁴ GENICON, Thomas. L'exception d'inexécution... p. 320.

⁴²⁵ GENICON, Thomas. L'exception d'inexécution... p. 319.

O art. 1461, por seu turno, prevê a exceção de insegurança. Como se vê, é a tendência de parte dos ordenamentos essa posição (“exceção de inexecução” e, logo em seguida, exceção de insegurança).

A *exceptio non adimpleti contractus* é bastante prestigiada na doutrina italiana e é recorrente no foro, havendo importantes decisões da Corte de Cassação a seu respeito. Como se pode ler no art. 1.460, há uma exigência expressa – assim como há no BGB – de que a suspensão da execução esteja de acordo com a boa-fé; é dizer, não se pode suspender livremente a prestação, sendo necessário avaliar as circunstâncias para aferir a legitimidade dessa atitude. É preciso que o incumprimento alheio (*i.e.*, do excepto) seja tal que autorize o uso do remédio.

Da doutrina italiana mais recente dedicada ao tema, pode-se citar Alberto Maria Benedetti, que se interessa pelo assunto mais amplo das autodefesas contratuais e tece algumas críticas ao uso desviante da *enac*. Para esse autor, há casos na Cassação em que fica claro que há usos da *exceptio* camuflando demandas substantivamente resolutórias⁴²⁶. Tratar-se-ia de um uso “criptoresolutório”.

Pelo que se entende tradicionalmente, caso o pretense excipiente deseje algo mais que a suspensão da execução, isto é, caso deseje reembolso e ressarcimento, deve-se valer da resolução⁴²⁷. Em termos paralelos, não caberia a *enac* quando já não há esperança de preservação do contrato⁴²⁸.

Mas Alberto Maria Benedetti compreende esses usos limítrofes da *enac*, e parece admiti-los, conforme as circunstâncias. Ainda, o autor tece uma crítica à redação do novo art. 1.219 do Código francês, no que toca à exigência de que o incumprimento do excepto seja “suficientemente grave”. Para Benedetti, esse requisito mina um tanto da função de autotutela da *enac*⁴²⁹. Risco que não existe no ordenamento italiano⁴³⁰, em que o exercício da *enac* é submetido a um juízo de proporcionalidade (boa-fé) mais flexível do que aquele (francês) da gravidade do incumprimento alheio⁴³¹.

⁴²⁶ BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d'inadempimento?... p. 219.

⁴²⁷ BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d'inadempimento?... p. 222.

⁴²⁸ BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d'inadempimento?... p. 224.

⁴²⁹ BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d'inadempimento?... p. 231-232.

⁴³⁰ BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d'inadempimento?... p. 232.

⁴³¹ BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d'inadempimento?... p. 232.

Recorde-se apenas a posição de Thomas Genicon a respeito da regra francesa: o incumprimento do *exceptio* deve ser “suficientemente grave”, o que é diferente de “grave” (Thomas Genicon procura atenuar, a partir daí, o referido requisito).

Outro aspecto do uso da *exceptio* é a sua aplicação “constitucionalmente orientada”, expressão utilizada por Alberto Maria Benedetti para referir-se aos casos de contratos “de relevância constitucional”, especialmente os de cooperação que envolvam setores especiais, como energia e gás⁴³², nos quais os remédios contratuais operam de maneira distinta, não bastando apenas o recurso ao art. 1.460 do *Codice* para a interrupção do serviço, que o contrato formaliza. Por ser tema que compõe este trabalho (aplicação da *enac* nos contratos administrativos), será detalhado mais adiante.

2.2.4. Código Civil português

No Código Seabra, Código Civil português de 1867, a *enac* não constava, justamente por influência do *Code Civil*, que não a continha.

Entretanto, afirma Ana Taveira da Fonseca que a doutrina portuguesa costumava ver como fundamento legal da *exceptio non adimpleti contractus* (que é um fenômeno que dificilmente pode ser desconsiderado, porque é natural às relações privadas) o art. 709º, que estabelecia que, em um contrato bilateral, um contratante poderia deixar de cumprir se o outro também não cumprisse⁴³³.

Interessante notar que os artigos do Código Seabra que regulavam os contratos de compra e venda (arts. 1.574º e 1.583º, I), que determinavam que caso nenhum dos contratantes estivesse obrigado a cumprir primeiro ou não sendo possível o cumprimento simultâneo das prestações, poderiam depositá-las em mãos de terceiros da confiança dos dois contratantes, continham a mesma disposição das Ordenações Filipinas para os contratos de compra e venda (Livro IV, Título V)⁴³⁴.

No Código Civil de 1966, o instituto está positivado no 428º com o nome “exceção de não cumprimento do contrato”:

⁴³² BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d’inadempimento?... p. 234.

⁴³³ Cf. FONSECA, Ana Taveira da. A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito... p. 79.

⁴³⁴ No que diz respeito às exceções em geral, as Ordenações Filipinas traziam dois títulos próprios no Livro 3º para tratá-las, dividindo-as em exceções dilatórias (Título XLIX) e peremptórias (Título L). Cf. PRADO, Augusto César Lukascheck. *Exceções no direito civil...* p. 183.

ARTIGO 428º

(Noção)

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

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

E, como em geral nos países da família romano-germânica que o adotam, as mesmas dúvidas sobre sua incidência perturbam doutrina e jurisprudência, em especial a respeito de qual seja o alcance do conceito de *contrato bilateral*⁴³⁵ e quais as prestações das partes que devem ser sinalagmaticamente consideradas para que o remédio esteja autorizado. Em outros termos, na doutrina portuguesa, assim como na brasileira, é um ponto sensível a questão do teor das prestações em face das quais pode atuar a *enac*.

Ana Taveira da Fonseca, que estudou as recusas de cumprimento da obrigação no direito português, entende que não se deve recorrer a um conceito abstrato de sinalagma e que as obrigações sinalagmaticamente consideradas devem ser certas. Mas a autora considera que a *enac* pode incidir em deveres de prestação secundários e acessórios, desde que nesses deveres haja “a vontade das partes manifestada expressa ou tacitamente”⁴³⁶. Essa posição é da máxima relevância, especialmente para o estudioso brasileiro do tema.

A tendência, ora doutrinária, ora jurisprudencial, de expandir o sinalagma, é presente em todos os ordenamentos jurídicos que adotam a *enac*. No Brasil, o quadro é bastante delicado, porque a cláusula geral da boa-fé objetiva acabou por alimentar uma defesa de certos efeitos severos para o incumprimento de *deveres de conduta* – como a própria resolução contratual e, no que aqui mais interessa, a aplicação da *enac*. Ver-se-á essa questão mais adiante neste trabalho, já sendo possível adiantar a posição mais restritiva aqui adotada: a *enac* não deve ser aplicada em caso de incumprimento de deveres laterais originados exclusivamente da boa-fé.

⁴³⁵ “O problema que, desde logo, a formulação do art. 428º suscita é o de determinar o que se deve entender, pra este efeito, por contratos bilaterais. Os contratos bilaterais são, usualmente, definidos como os contratos dos quais emergem obrigações para ambas as partes. (...). A referência ao contrato bilateral tem, assim, sido entendida como uma remissão para o conceito de contrato sinalagmático, com o fundamento de que só relativa a este tem sentido que se exija a realização simultânea das prestações emergentes. Esta delimitação do campo de aplicação da *exceptio* decorre, desde logo, dos trabalhos preparatórios” (FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* pp. 101-102).

⁴³⁶ FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 117.

2.2.5. *Brasil: do Direito pré-codificado aos Códigos civis de 1916 e 2002*

As Ordenações Afonsinas foram concluídas na regência de D. Afonso V, representando a primeira de uma série de três compilações do Direito então vigente em Portugal. Caracterizaram-se, segundo Ignacio M. Poveda Velasco, por uma “multiplicidade de normas jurídicas (representada pelos foros e cartas de foral, pelas disposições do direito justinianeu e canônico, pelos capítulos de Cortes, leis régias, etc.), e as contradições originadas dessa multiplicidade”⁴³⁷.

Com o advento da máquina de impressão de Johannes Gutenberg, D. Manoel quis tirar proveito do invento e melhor divulgar as Ordenações Afonsinas, no que procedeu à sua revisão e atualização. Entretanto, após a publicação revisada e atualizada em 1514⁴³⁸, ocorreu em Portugal importante legislação extravagante, impelindo D. Manoel “à reforma definitiva das Ordenações do Reino, que data de 1521”, tendo inclusive determinado que os exemplares de 1514 fossem destruídos em três meses para não causar confusão com a publicação vindoura⁴³⁹. Essa a razão das Ordenações Manuelinas.

Com a subida ao trono de Portugal do espanhol Felipe II, iniciaram os trabalhos da nova compilação, as Ordenações Filipinas, publicada por Felipe III em 11 de janeiro de 1603. Eram consideradas prolixas, obscuras e mesclavam “a Legislação *nacional*, fructo das idéas, opiniões, e costumes da população em diferentes epochas; e a *Romana*, considerada Direito *Commum*”⁴⁴⁰.

As Ordenações Filipinas foram as únicas das Ordenações que tiveram vigência no Brasil, assim como todas as leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, nos termos da Lei de 20 de outubro de 1823, enquanto “se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas”. Em matéria civil⁴⁴¹, vigoraram até o advento do Código Civil de 1916⁴⁴².

⁴³⁷ VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, pp. 11-67, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236>. Acesso: 08 mar. 2022.

⁴³⁸ Cf. VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal... p. 17.

⁴³⁹ Cf. VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal... p. 17.

⁴⁴⁰ ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomático, 1870, prefácio, VII.

⁴⁴¹ Em matéria penal, o Código Criminal do Império - Lei de 16 de dezembro de 1830 - substituiu “o Livro V das Ordenações Filipinas, cujas sanções eram severíssimas, entre as quais as penas de more e de degredo para o Brasil” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 111, pp. 85-100, jan./dez. 2016, p. 88).

⁴⁴² A Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, prescreveu, no art. 179, XVIII, que organizasse-se “quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”.

Nas Ordenações Filipinas, a exceção de contrato não cumprido é prevista apenas na compra e venda (Livro IV, Título V)⁴⁴³, não tendo sido formulado um princípio geral para os contratos.

Em 1845 é confiado pelo governo imperial ao baiano Augusto Teixeira de Freitas a tarefa de consolidar as leis civis para vigerem no Brasil, trabalho terminado pelo jurista em 1848, contendo 1.333 artigos que foram, na prática, “o Código Civil brasileiro até o advento do Código Civil de 1916”⁴⁴⁴.

Em 1859 o mesmo jurista recebeu o encargo de elaborar um projeto de Código Civil que, contudo, não foi concluído. No Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas, a exceção de contrato não cumprido está prescrita no art. 1.955⁴⁴⁵, com linguagem clara e objetiva. No art. 441, define contrato bilateral⁴⁴⁶, incorrendo no mesmo equívoco que o *Code Civil* francês de 1804, que equiparou contrato “*synallagmatique*” a contrato “*bilatéral*” no original art. 1.102.

Ocorreram outras tentativas de codificação civil antes de 1916, com Nabuco de Araújo (em 1872); Joaquim Felício dos Santos (1881) e Antonio Coelho Rodrigues, “que tramitaram no parlamento, mas que também ficaram pelo caminho (...) por questões políticas, bem como pela rivalidade existente entre os juristas para que o seu projeto fosse o vitorioso (...)”⁴⁴⁷.

O anteprojeto do Código Civil de 1916 foi encomendado a Clóvis Beviláqua em 1899. O Projeto⁴⁴⁸ foi remetido ao Congresso Nacional em 1900 onde, após longa tramitação⁴⁴⁹, e depois de submetido a duas revisões⁴⁵⁰, foi aprovado na Câmara dos Deputados em 1915 e publicado em 1º de janeiro de 1916 como Lei nº 3.071, entrando em vigor um ano depois, em 1º de janeiro de 1917..

⁴⁴³ No que diz respeito às exceções em geral, as Ordenações Filipinas traziam dois títulos próprios no Livro 3º para tratá-las, dividindo-as em exceções dilatórias (Título XLIX) e peremptórias (Título L), conforme anota PRADO, Augusto César Lukascheck. *Exceções no direito civil...* p. 183.

⁴⁴⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916... p. 87.

⁴⁴⁵ “Art. 1.956. Se 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 oferecer a cumpri-los”.

⁴⁴⁶ “Art. 441. Quando os contratos impuserem às duas partes obrigações recíprocas, terão a denominação de *contratos bilaterais* ou *sinlagmáticos*”.

⁴⁴⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916... p. 88.

⁴⁴⁸ “O Código Civil de 1916 resultou do trabalho de Clóvis Beviláqua. Convidado em 1899 pelo Governo Brasileiro para a sua elaboração, deveria aproveitar o quanto possível dos Projetos anteriores, desde a *Consolidação das Leis Civis* e o fenomenal *Esboço*, de Teixeira de Freitas (iniciado em 1859), aos Projetos de Nabuco de Araújo (1872), Felício dos Santos (1881) e Coelho Rodrigues (1883). Beviláqua elaborou a sua obra em poucos meses” (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88, nota rodapé 2).

⁴⁴⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro...* p. 6.

⁴⁵⁰ Cf. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro...* p. 88, nota rodapé 2.

Por influência do BGB, o Código Civil de 1916 prescreveu a exceção de contrato não cumprido e a exceção de insegurança no *caput* do art. 1.092⁴⁵¹. O parágrafo único desse artigo tratava da resolução do contrato (erroneamente designada “rescisão”). Como recorda Araken de Assis, o dispositivo “agasalhava duas exceções substanciais e dilatórias – bem conhecidas e, frequentemente, mal aplicadas-, que competem aos parceiros nessa espécie de negócios”⁴⁵².

Sobreveio então o Código Civil de 2002, aprovando-se seu Projeto Final na Câmara dos Deputados “em 15 de agosto de 2001, transformando-se na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, após a sanção presidencial”⁴⁵³.

A Comissão de elaboração do Código Civil de 2002 foi constituída em 1969 e foi presidida por Miguel Reale, que ficou encarregado de elaborar os trabalhos parciais e sistematização do Código Civil, mas “acabou por redigir e concluir a redação da parte relativa ao Direito das Obrigações e Direito da Empresa, em razão do falecimento de Agostinho Alvim e de Sylvio Marcondes”⁴⁵⁴.

A Comissão estabeleceu duas diretrizes: (i) de unidade e sistematização “que exigiu, necessariamente, uma parte geral e a unificação das obrigações civis e mercantis. Essa unificação foi decidida em razão de já ser uma realidade na jurisprudência e na doutrina o tratamento unitário das obrigações”⁴⁵⁵ e (ii) de mudança somente do necessário à modernização da codificação, preservando-se o possível do Código Civil de 1916⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ “Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. 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”.

⁴⁵² ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento...* p. 15.

⁴⁵³ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro...* p. 3, nota de rodapé 6.

⁴⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro...* p. 43. Também compuseram a Comissão José Carlos Moreira Alves (então Procurador da República e depois Ministro do Supremo Tribunal Federal), encarregado da Parte Geral; Agostinho Neves Arruda Alvim (Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP), que elaborou a parte do Direito das Obrigações; Sylvio Mitsui-Hito Marcondes Machado (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); que redigiu o Direito de Empresa; Ebert Chamoun (Desembargador do Estado do Rio de Janeiro e professor universitário); que elaborou a parte do Direito da Coisas; Torquato Castro (Professor da Universidade Federal de Pernambuco), que foi o responsável pelo Direito da Sucessões; e Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (Professor da Universidade do Rio Grande do Sul), encarregado da elaboração da parte relativa ao Direito de Família (*op. cit.*, pp. 42/43).

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro...* p. 45

⁴⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro...* p. 45. Ainda: “Na exposição de motivos do anteprojeto enviada ao Ministro Armando Falcão, no ano de 1975, a comissão já tinha seis anos de trabalho e já haviam sido publicadas duas versão do anteprojeto, no ano

Na verdade, o Código Civil de 2002⁴⁵⁷, como observa Otavio Luiz Rodrigues Jr., “não operou uma revolução no Direito Civil brasileiro⁴⁵⁸, como alguns tentaram nele identificar”⁴⁵⁹, seja quanto ao uso de cláusulas gerais, que existiam em menor escala no Código de 1916; seja quanto a questões morais que refletiam no Direito de Família, que vinham alterando a legislação desde 1960 e foram solidificadas pela Constituição Federal de 1988; seja quanto ao Direito das Coisas, como a função social da propriedade, que constava do Estatuto da Terra de 1964 e na Constituição Federal de 1967-1969, também sedimentada na Constituição Federal de 1988.

A “exceção de contrato não cumprido” está prevista no art. 476 do Código Civil de 2002, e constitui o objeto deste trabalho.

2.3. Propostas de unificação do direito das obrigações

2.3.1. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (CISG)

A exceção de contrato não cumprido também é disciplinada em diversas tentativas e propostas de uniformização do direito das obrigações. Dentre elas, tem especial relevância

de 1972 e 1974, tendo Miguel Reale expressado a sua preocupação de que ‘o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro)’ (op. cit., p. 47).

⁴⁵⁷ “Foi ao aproximar-se o cinquentenário do Código de Beviláqua que começaram a ser ouvidas, no Brasil, as vozes defensoras de sua revisão. De um lado, os reclamos eram tributários de um movimento que então apenas se esboçava na Europa, a saber o movimento da descodificação civil, sintetizado, uma década mais tarde, no paradigmático texto de Natalino Irti, *L’età della decodificazione*. De outro lado, não mais era compatível com o *ethos* da sociedade brasileira o individualismo dominante no Código de Beviláqua: ‘individualismo possessivo’ revelador da ‘lógica proprietária’ em matéria de direitos patrimoniais, ao qual corresponde a mais absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil. A excelência técnica do Código de 1916, unanimemente reconhecida, não mais se mostrava suficiente para justificar a sua permanência” (MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro...* p. 88-89).

⁴⁵⁸ “O Código de 2002 mantém o cuidado com a forma lingüística, mas trata a linguagem sob o prisma culturalista de que existe uma relação entre forma e conteúdo que os torna inseparáveis. Além de preservar ‘a beleza formal do Código de 1916’, o novo Código faz a adequação técnica em prol da certeza, segurança, clareza e precisão dos enunciados normativos, dirigidos que são a normatizar a ‘constituição do homem comum’ (...). Embora permaneçam alguns problemas técnicos de linguagem, como a falta de distinção entre validade e eficácia, utilização da terminologia agência, enquanto há lei especial e farta tradição no sentido de denominar tal contrato como representação etc., houve uma significativa evolução terminológica e técnica com relação ao Código Civil de 1916. Basta ver o tratamento da prescrição e decadência, a resolução por inadimplemento, entre outros casos cuja adequação técnica e lingüística facilitarão o trabalho do jurista e também do homem comum” (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro...* p. 53).

⁴⁵⁹ Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Código Civil completa 15 anos com o mérito de ter trazido estabilidade ao Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 11 jan. 2017, Disponível em: [122](https://www.conjur.com.br/2017-jan-11/codigo-civil-completa-15-anos-grandes-revolucoes-direito#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20Civil%20brasileiro%20%20aprovado,)%20n%C3%A3o%20pod e%20ser%20ignorada. Acesso: 31 dez. 2022.</p></div><div data-bbox=)

prática a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (Convenção de Viena ou CISG), os princípios UNIDROIT, os princípios do direito contratual europeu (PECL) e sua revisão, o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

A CISG foi concluída em 1980 e promulgada no Brasil em 2014, pelo Decreto n. 8.327. É o instrumento de uniformização do direito das obrigações mais importante até hoje, seja por sua extensa adoção e aplicação⁴⁶⁰, seja por sua influência em reformas nas codificações nacionais, como a de 2002 no BGB⁴⁶¹ e, mais indiretamente, de 2016 no *Code Civil*⁴⁶².

Em razão do objeto e da técnica legislativa adotada⁴⁶³, a CISG não conta com uma disciplina geral da *enac* e suas disposições lidam com problemas específicos da compra e venda. No entanto, abstrair das regras específicas para compreender como aquele instituto funciona não traz muitas dificuldades. Vejam-se os artigos 58 (1) e (2); 81 (2); 85 e 86 (1):

Artigo 58

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar à sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com a presente Convenção. O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos.

(2) Se o contrato envolver transporte das mercadorias, o vendedor poderá expedi-las com a condição de que as mercadorias ou os documentos que as representarem só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço.

⁴⁶⁰ Atualmente, a CISG está em vigor em 94 países, dentre elas as maiores economias do mundo (v.g. Estados Unidos, China, Japão e a maioria esmagadora dos países europeus), compreendendo mais de 80 por cento do comércio internacional, segundo Ingeborg Schwenzer (SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*. 3.ed. Oxford: University Press, 2016, p. 1). A base de dados mais completa de decisões, CISG-Online, conta com mais de 5.000 casos em que a convenção foi aplicada diretamente.

⁴⁶¹ A influência é confirmada por Ulrich G. Schroeter, nos comentários ao art. 25. *In*: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*...p. 400. A unificação do direito das perturbações da prestação (*Leistungsstörungenrecht*) ao redor do conceito de violação do direito (*Pflichtverletzung*) em vez dos antigos conceitos-chave de impossibilidade e da mora são o maior sinal disso. Todavia, não é só isso: o §321 do BGB reformado (a exceção de insegurança), por exemplo, foi substancialmente modificado para igualar-se ao art. 71 da CISG. Para o novo regime alemão, cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Da modernização do direito civil I: aspectos gerais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 69 ss.

⁴⁶² Segundo Gaël Chantepeie e Mathias Latina, a existência do impulso internacional à uniformização foi um dos grandes fatores da reforma do direito francês, que notou o próprio envelhecimento e perda de influência (CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations*. Paris: Dalloz, 2016, p. 10 ss.).

⁴⁶³ A convenção é dividida em quatro partes, sobre a aplicação da convenção, formação do contrato, direito substancial (obrigações das partes, remédios contra o inadimplemento, impossibilidade etc.) e direito internacional público. Para um panorama sobre cada parte, SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. *In*: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*...p. 2 e ss. Especialmente notável é a observação sobre a estrutura “horizontal” da convenção: disciplina as obrigações do vendedor e, em seguida, os remédios contra as vicissitudes na realização da prestação deste para só então disciplinar as obrigações do comprador e os institutos pertinentes.

Artigo 81

(2) A parte que tiver cumprido total ou parcialmente o contrato poderá reclamar da outra parte a restituição daquilo que houver fornecido ou pago nos termos do contrato. Se ambas as partes estiverem obrigadas a restituir, deverão fazê-lo simultaneamente.

Artigo 85

Se o comprador retardar o recebimento das mercadorias ou retardar o pagamento do preço quando tal pagamento for devido simultaneamente à entrega das mercadorias, o vendedor deverá adotar medidas razoáveis para a conservação destas, atendidas as circunstâncias, caso esteja na posse das mercadorias ou possa por outra forma dispor das mesmas. O vendedor terá direito a reter as mercadorias até que obtenha do comprador o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

Artigo 86

(1) Se o comprador tiver recebido as mercadorias e tiver a intenção de exercer o direito de recusa conferido pelo contrato ou pela presente Convenção, deverá adotar as medidas que forem razoáveis, atendidas as circunstâncias, para a respectiva conservação. O comprador terá direito de reter as mercadorias até que obtenha do vendedor o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

Considerando outros dispositivos que regem a formação do contrato e a obrigação do vendedor, a CISG determina o adimplemento simultâneo das obrigações, caso as partes não tenham estipulado diversamente. Antes de analisar especificamente o regime do art. 58, que estabelece a regra mais ampla, é necessário apresentar quais são as obrigações das partes e como o regime de adimplemento da CISG funciona.

O art. 30 da CISG estabelece as obrigações do vendedor: entregar as mercadorias e, se for o caso, documentos pertinentes, além de transferir a propriedade⁴⁶⁴. Os artigos subsequentes disciplinam o local (arts. 31 e 32) e o tempo (art. 33) do cumprimento da obrigação de entregar as mercadorias; os documentos (art. 34), bem como as situações de desconformidade do bem ao estabelecido contratualmente (arts. 35 a 44) e os remédios atribuídos ao comprador para combater determinadas contingências (arts. 45 a 52).

A estrutura da CISG divide-se rigorosamente entre a perspectiva do comprador (obrigações do vendedor e medidas que o comprador pode tomar diante do inadimplemento daquele) e a perspectiva do vendedor (mesma subdivisão). Logo, a intenção do legislador nesses artigos é regular a forma como o bem é levado ao controle do comprador, ou seja, quando e

⁴⁶⁴ Que ocorre de acordo com o direito nacional vigente, uma vez que a Convenção não regula os efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade dos bens vendidos, nos termos do art. 4 (2) (b).

como a prestação é a ele oferecida⁴⁶⁵. Só nesse momento o comprador é obrigado a pagar o preço. Portanto, o vendedor é, à princípio, sempre obrigado a levar a prestação ao comprador⁴⁶⁶.

Oferecida a mercadoria, insere-se a posição do comprador. Ele pode inspecioná-la, se compatível com o contrato (art. 58 (3)) e, caso encontre uma desconformidade muito gravosa, configurando violação essencial do contrato (*fundamental breach*)⁴⁶⁷, pode resolver o contrato (art. 49 (1) (a) c/ 51(2)) ou exigir a entrega de outros bens (art. 46 (2))⁴⁶⁸. No entanto, se essa desconformidade não for substancial a ponto de não impedir a satisfação do interesse do credor, como ocorre se apenas parte da mercadoria não for disponibilizada ou se parte dela for de qualidade inferior (art. 35), o comprador tem o dever de receber (art. 51)⁴⁶⁹. Entretanto, os instrumentos voltados a remediar o inadimplemento se aplicam à parcela faltante ou à diferença

⁴⁶⁵ O art. 31 (b) define que entregar as mercadorias, quando a obrigação não se limitar a remeter os bens ao transportador (a), é colocá-las à disposição do comprador. Corrine Widmer define “colocar à disposição” como realizar todos os atos necessários para que o comprador possa imediatamente recebê-las, notificando, empacotando adequadamente e, em certas circunstâncias, carregando o material no transporte do credor (WIDMER, Corrine. *In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*...

⁴⁶⁶ Em casos como violação antecipada do contrato – quando a contraparte aparenta não conseguir prestar (art. 71) ou irá certamente inadimplir (art. 72) -, o vendedor pode se recusar ou resolver o contrato antes mesmo de cumprir a obrigação de entregar a mercadoria.

⁴⁶⁷ A definição vem no art. 25 da convenção: A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado. A tradução realmente prejudica a adequada compreensão do artigo. O original estabelece que: “A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result (...) if it results in such detriment to the other party as to substantially to deprive him of what he is entitled to expect” não é corretamente expresso por “se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato”, que sugere que a perda patrimonial é de tal forma substancial que justificaria a perda do interesse na prestação – algo como o §275, 2-3 ou 282 do BGB pós SMG. A interpretação correta é a feita por SCHROETER, Commentary on art. 25, p. 409: “From the history of Article 25 it is clear that- unlike in the drafts - the 'detriment' does not refer to the extent of a loss suffered, but instead to the importance of the interest which the contract and its individual obligations have created for the promisee”. Igualmente, WILL, Michael. Commentary on art. 25. *In: BIANCA, Cesare Massimo; BONNELL, Michael. Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, p. 205-221, com ampla revisão. Assim, a violação diz respeito à lesão de um interesse fundamental da parte considerado na celebração do contrato (v.g. receber a mercadoria). Em sentido contrário, BRUNNER; Cristoph; LEISINGER, Benjamin. Commentary on Art. 25. *In: BRUNNER; Cristoph; LEISINGER, Benjamin. Commentary on the UN sales Law (CISG)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2019, pp. 163, ressaltando a “perda de vantagens que surgiriam do contrato” e a perda do interesse do credor (“the interest of the party adhering to the contract in the full contractual performance by the other party has essentially lapsed”), o que contraria a possibilidade de pedir o cumprimento específico.

⁴⁶⁸ Principais efeitos da violação essencial, segundo BRUNNER; Cristoph; LEISINGER, Benjamin. Commentary on Art. 25... pp. 164 ss.

⁴⁶⁹ Interpretação de MÜLLER-CHEN, Markus. Commentary on art. 51. *In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*..., p. 783.

entre o que foi entregue e o que foi pactuado, como execução específica, substituição pelo equivalente pecuniário ou até mesmo resolução parcial (art. 46-50).

O exemplo dado por Markus Müller-Chen esclarece: se 100 fardos de algodão foram vendidos e entregues, mas 10 apresentavam defeitos nos termos do art. 36, o comprador pode, depois de notificar o vendedor sobre a desconformidade do bem (art. 39), exigir 10 fardos novos (art. 46 (2)) ou resolver parcialmente o contrato, retornado o produto defeituoso e reduzindo o preço em um décimo (art. 49 (1) c/c 51(1)). Além disso, o comprador pode ficar com toda mercadoria, mas faz jus a perdas e danos (art. 45 (1)) ou redução do preço, a ser fixado tendo em vista a perda de valor da mercadoria pela desconformidade (art. 50)⁴⁷⁰.

Havendo uma violação fundamental do contrato por parte do vendedor, entende-se que não teria havido cumprimento da obrigação de disponibilizar o bem, o que faz com que o credor não seja obrigado a pagar o preço, segundo o art. 58(1) da Convenção.

Nesse sentido, a equiparação que Markus Müller-Chen⁴⁷¹ dessa hipótese à *enac* é imperfeita, porque há ordem absoluta nas prestações: o devedor tem obrigação de oferecer a mercadoria, quando poderá cobrar o preço. Se não o fizer, terá violado o contrato pelo inadimplemento e o credor não teria obrigação de contraprestar⁴⁷². Não se trata *enac*, que é disposta ao vendedor caso ele ofereça sua prestação, para que a obrigação do comprador se torne exigível.

Esse aspecto do regime da CISG é próximo da doutrina alemã minoritária⁴⁷³ da *enac* como uma limitação imanente à pretensão do titular já mencionada⁴⁷⁴, que sustenta que em um contrato bilateral, não existem duas pretensões plenas a que se pode opor exceções para que se induza a troca, mas sim duas pretensões iguais à troca: deve-se tão somente a realização simultânea da prestação.

⁴⁷⁰ MÜLLER-CHEN, Commentary on art. 51... p. 784.

⁴⁷¹ SCHLECHTRIEM; BUTLER, UN law on international sales, p. 155. Reproduzida em BRUNNER, Christoph; LERCH, M.; RUSCH, L. Commentary on Article 58. In: BRUNNER; Christoph; LEISINGER, Benjamin. *Commentary on the UN sales Law (CISG)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2019, pp. 415 ss.

⁴⁷² Em sentido contrário, MOHS, Commentary on art. 58. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*...p. 852: "The buyer's right of retention follows from Article 58(1), sentence 1, in that only the placing of the goods at his disposal will cause the payment to become due. In other words: the buyer has a right to retain the purchase price until the seller has placed the goods or documents at his disposal, informed him thereof, and permitted him to briefly inspect the goods under Article". Ele não tem o direito de reter a prestação enquanto não lhe for oferecida a mercadoria; a própria exigibilidade do preço é condicionada, como o próprio autor reconhece na primeira frase.

⁴⁷³ Cf. GERNHUBER, Joachim. *Das schuldverhältnis*...

⁴⁷⁴ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*... p. 203 ss.

Tanto é suposto que o vendedor deve levar a prestação ao credor antes que o remédio específico previsto para lidar com a incerteza do devedor é um instituto analógico à exceção de insegurança previsto no art. 71 (*anticipatory breach*), que consta da nova redação do §321 do BGB e, também, do art. 477 do CC. A lógica de gestão de riscos por detrás deste instituto somente se justifica se alguém é obrigado a prestar primeiro ou deve realizar investimentos consideráveis sem garantia de contraprestação. Caso contrário, o remédio se torna inútil, já que o risco não se agrava com a piora nas circunstâncias econômicas da contraparte, por mais grave que seja. Ambas só devem cumprir a obrigação simultaneamente, e, se uma delas não for capaz de realizar a prestação, a contraparte não sofreria qualquer sanção pelo atraso causado pelo próprio credor.

Por outro lado, a hipótese disciplinada no art. 58, segunda parte (“O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos”⁴⁷⁵), pode ser considerada uma hipótese de *enac*. Determina-se o cumprimento simultâneo da prestação, uma vez que o vendedor, mesmo lhe sendo exigível a disponibilização da mercadoria, pode se recusar a entregá-la ou, ao menos, pode não ser obrigado a fazê-lo senão recebendo no mesmo ato o pagamento. Dessa forma, não é irrazoável extrair dos princípios que inspiram os artigos específicos da convenção uma ideia de sinalagma funcional e *a fortiori*, a *enac*, como um dos institutos criados para protegê-lo.

A lógica por detrás desse desequilíbrio entre o comprador e o vendedor é puramente econômica. O artigo equivalente ao em análise na ULIS (tratado anterior à CISG sobre o mesmo tema) é o 71⁴⁷⁶, que apenas determina o cumprimento simultâneo da prestação. O artigo subsequente apresenta claramente a consequência lógica do regime antigo: o vendedor não é obrigado a realizar a sua prestação antes de receber o pagamento. Realizar a prestação consiste também em transportar a mercadoria até o local a ser entregue, impedindo a circulação adequada das mercadorias. O que a CISG fez foi retirar a possibilidade dessa recusa inicial, fazendo com que o vendedor comece a cumprir sua obrigação antes para que depois possa impedir o adimplemento em face do inadimplemento alheio⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ A tradução é novamente duvidosa. No original, diz-se que “The seller may make such payment a condition for handing over the goods or documents.”

⁴⁷⁶ “Except as otherwise provided in Article 72, delivery of the goods and payment of the price shall be concurrent conditions. Nevertheless, the buyer shall not be obliged to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods”.

⁴⁷⁷ Ressalta essa distinção MASKOW, Dietrich. Commentary on art. 58. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONNELL, Michael. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, p. 420-430.

A jurisprudência envolvendo a CISG tende a tratar ambas as situações de recusa de forma igual: seriam dois direitos de retenção diferentes⁴⁷⁸. Entretanto, há uma diferença lógica fundamental em não cumprir por não ser obrigado (caso do comprador a quem não foi disponibilizado adequadamente os bens) a em não cumprir porque a outra parte deixou de cumprir (o vendedor que se recusa a entregar as coisas porque o comprador não lhe entregou o preço). No primeiro caso, não há pretensão; no segundo, há uma pretensão excepcionada.

Frente à absoluta flexibilidade do tipo contratual de compra e venda previsto na convenção, essa conclusão não é sem consequências. Se um contrato satisfizer o principal requisito da *enac* – simultaneidade na realização da prestação -, ele contará com a figura. Dessa forma, mesmo que o regime supletivo do art. 58 não mencione uma *enac* no sentido mais pleno da palavra para se adequar ao problema comum no comércio internacional de transportar mercadorias por longas distâncias, a CISG permite o uso irrestrito da figura, desde que os requisitos tradicionais da *enac*⁴⁷⁹ estejam satisfeitos.

Além disso, o artigo art. 81 estabelece o que a doutrina chama de “sinalagma invertido”⁴⁸⁰, ou seja, que o sinalagma funcional – a interdependência na realização das prestações do programa estabelecido pelas partes – estende-se a relações restitutórias. Assim, amplia-se ainda mais a incidência da *enac* na convenção.

Os outros artigos citados normalmente pela doutrina (arts. 85 e 86) são situações de direito de retenção, não de *enac*. A função delas não é tutelar o cumprimento do programa obrigacional, mas sim garantir a satisfação de um determinado crédito relacionado a uma situação real⁴⁸¹: no caso, o ressarcimento pelo custo de manter as mercadorias tanto do vendedor (art. 85) quanto do comprador (art. 86).

2.3.2. Demais diplomas de uniformização

Os demais diplomas de uniformização não apresentam tanta relevância prática, tampouco uma disciplina muito distinta do panorama internacional realizado até agora. A razão

⁴⁷⁸ Cf., sobre a questão, SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOULAKIS, Christiana (eds.). *International sales law*. London: Routledge-Cavendish, 2007, p. 435 ss.

⁴⁷⁹ Estudados no Capítulo 1 da presente tese.

⁴⁸⁰ Por todos, FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito...* p. 164.

⁴⁸¹ A distinção entre as figuras foi tratada no Capítulo 1 da presente tese.

disso é clara: apesar de uma certa diferença entre modelos dos países, os efeitos práticos dos institutos dificilmente se alteram.

A regulação se dá em dois passos: em primeiro lugar, determina-se que supletivamente os contratos bilaterais devem ser cumpridos simultaneamente, sem se comprometer com a técnica específica adotada para atingir essa finalidade (art. 6.1.4., UNIDROIT 2016; art. 7:104, PECL; III.-2:104, DCFR); em seguida, tratando especificamente do inadimplemento, positivase uma justificativa para a não realização da prestação (art. 7.1.3., UNIDROIT 2016; art. 9:201 PECL; III.-3:401 DCFR).

A partir desse modelo básico, há uma ligeira variação entre os diplomas. Os princípios UNIDROIT quebram a realização simultânea da prestação quando houver alguma dilação no cumprimento da prestação por qualquer parte do contrato (art. 6.1.4. (2)). Esse princípio é mais amplo do que o de outros instrumentos de uniformização, que preveem supletivamente a quebra da realização simultânea somente quando as circunstâncias indicarem o inverso (art. 7:104, PECL) ou, inclusive, a possibilidade prática do cumprimento simultâneo (III.-2:104, DCFR).

A forma como a gravidade do inadimplemento é regulada também é um ponto de divergência. Enquanto DCFR e PECL (III.-3:401 (4), 9:201 (1)) estipulam expressamente a necessidade de ser proporcional e razoável a oposição do direito de reter a prestação, os princípios UNIDROIT decidem recorrer à boa-fé para o controle de conduta (art. 1.7.). Os autores do DCFR observam que o regime do esboço é diferente de outros diplomas que preveem *fundamental breach*, uma vez que não parte da gravidade do inadimplemento para o plano contratual, mas da razoabilidade da oposição da *enac* face às circunstâncias⁴⁸². Todavia, essa diferença aparenta ser mero jogo de palavras: o razoável face às circunstâncias é o que põe a função econômica da relação jurídica em xeque.

2.3.3. Visão geral sobre as propostas de unificação do direito das obrigações

Visto como um todo, as propostas de uniformização do Direito Privado não criam regimes muito distintos da *enac*. Se, de um lado, a Convenção de Viena destoa dos outros documentos por apresentar uma disciplina mais complexa criada justamente para lidar com o comércio internacional; de outro, as propostas de uniformização são basicamente indistinguíveis: como regra, o devedor que figura como parte de um contrato com prestações

⁴⁸² Comentário ao III.-3:401, também reconhece que a questão da razoabilidade está, em última instância, ligada à boa-fé.

simultâneas pode se recusar a cumprir desde que (i) a contraparte não se tenha oferecido para prestar e (ii) esteja dentro dos parâmetros razoáveis de conduta estipulados pela boa-fé objetiva, tendo em vista especialmente a gravidade do inadimplemento alheio.

Assim, os diplomas basicamente reproduzem o modelo que vem se consolidando no direito europeu desde o final do século XIX, quando o paradigma francês de restrição existencial das pretensões foi suplantado pelas teorias mais moderadas da *enac* e da restrição interna da pretensão.

CAPÍTULO 4: A *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* NO SISTEMA BRASILEIRO DO ADIMPLEMENTO-INADIMPLEMENTO

1. INTRODUÇÃO

Discutir-se-á neste capítulo a *enac* em face do sistema brasileiro do adimplemento-inadimplemento. A *enac*, com efeito, está inserida no subsistema brasileiro de remédios para as crises contratuais, logo após o importante art. 475, que determina as opções do credor prejudicado pelo inadimplemento.

Assim, no primeiro tópico tratar-se-á do instituto diante dos demais remédios oferecidos pelo Código Civil para o inadimplemento. Melhor dizendo, diante da resolução e do cumprimento forçado.

No segundo tópico, focalizar-se-á a *enac* como um dos remédios para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, confrontando-se o instituto com outros mecanismos de correção do desequilíbrio contratual: tanto figuras próximas inseridas na codificação, como a exceção de insegurança e a onerosidade excessiva, quanto figuras derivadas da chamada “expansão do sinalagma”, isto é, uma série de teorias (adimplemento substancial, violação positiva do contrato, inadimplemento antecipado do contrato) que, importadas ao Brasil e fortemente vinculadas a princípios como a boa-fé, impacta certamente o estudo do sistema do adimplemento-inadimplemento.

Pode-se a partir daí obter uma conclusão a respeito do enquadramento (ou não enquadramento) da *enac* dentre os remédios que atuam diretamente sobre o sinalagma.

Essas reflexões são importantes para este estudo por três motivos.

Em primeiro lugar, porque será possível observar o conjunto positivado dos remédios para as crises contratuais, tal como ora se apresenta, acrescido das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais das últimas décadas. Somente assim será possível justificar a proposta mais restritiva aqui adotada em relação à incidência da *enac* em deveres derivados de princípios, especialmente da boa-fé.

Em segundo lugar, será possível observar que o sistema brasileiro do adimplemento-inadimplemento é bastante genérico e lacunoso, e isso, em boa medida, justifica o interesse, muitas vezes exagerado, pelos princípios e pelas cláusulas gerais.

Em terceiro lugar, pensando no confronto entre a *enac* no Direito Civil e no Direito Administrativo, onde ela também está prevista⁴⁸³, será possível vislumbrar as aproximações e distinções. Ver-se-á que nos contratos administrativos o instituto exerce uma função clara de manutenção do equilíbrio contratual, sendo efetivamente uma forma de evitar a ruína do particular diante do incumprimento da Administração, bem como de forçá-la a cumprir o contrato, inclusive em razão do interesse público.

Na nova redação da nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133, de 1.4.2021) o particular pode, em exercício de autotutela e sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, suspender a execução de suas obrigações sempre que a Administração atrasar os pagamentos devidos, totais ou parciais, por obras, serviços ou fornecimentos, nas hipóteses legais especificadas⁴⁸⁴, até a normalização das situações fáticas descritas na lei, admitido o posterior restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

⁴⁸³ Melhor dizendo, a figura prevista no Direito Administrativo não é legalmente denominada exceção de contrato não cumprido, mas é tratada pela doutrina como a mesma figura do art. 476, do Código Civil.

⁴⁸⁴ Art. 137 (...).

§ 2º. O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

(...)

II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;

III - repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;

IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

(...).

§ 3º. As hipóteses de extinção a que se referem os incisos II, III e IV do § 2º deste artigo observarão as seguintes disposições:

I - não serão admitidas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;

II - assegurarão ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na forma da alínea “d” do inciso II do *caput* do art. 124 desta Lei.

2. O SUBSISTEMA DE REMÉDIOS DAS CRISES CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

2.1. As crises contratuais e as diferentes formas de enfrentá-las

As *crises contratuais* encontram diferentes formas de solução, a depender do sistema jurídico. Por outro lado, dentro do mesmo sistema jurídico, geralmente são encontradas diversas soluções para as múltiplas crises pelas quais o contrato pode passar.

Em sentido amplo, as perturbações da prestação compreendem, além do incumprimento e da mora, outras patologias, como a alteração das circunstâncias⁴⁸⁵. Para os efeitos deste trabalho, interessam as perturbações das prestações *imputáveis* ao credor ou devedor⁴⁸⁶, que desviam o contrato do programa originalmente pactuado pelas partes

As crises contratuais atraem normas cuja incidência tem como resultado a intervenção na relação contratual, seja por meio do Poder Judiciário, seja pelo exercício do poder de autotutela conferido às partes.

As normas jurídicas que operam para sanar as *crises contratuais* são denominadas *remédios para as crises contratuais*. Esses remédios ou estão previstos de forma específica na legislação, ou são fruto da incidência dos princípios da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) e da função social do contrato (art. 421 do Código Civil).

É muito importante ter isso em vista. A defesa de um princípio como gerador de deveres contratuais que podem ser abalados e, assim, servir de elemento para a construção de soluções à crise contratual gerada é uma escolha séria: significa, em última análise, estabelecer normas com as quais os juízes vão operar em situações concretas. O uso de princípios para colmatar lacunas do sistema positivado, como ocorre com a boa-fé e as cláusulas gerais que a contém, corresponde a uma escolha que poderá não ser benéfica para o sistema jurídico, porque pode tornar o sistema de remédios contratuais muito fragmentado e volátil, retirando a vinculatividade da legislação e fazendo com que o legislador se esqueça também de sua incumbência de reformar e modernizar o sistema.

⁴⁸⁵ MONTEIRO PIRES, Catarina. *Contratos I. Perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 11.

⁴⁸⁶ No direito alemão, a expressão “perturbação das prestações” tem sentido amplo, estabelecido após reforma do Direito das Obrigações alemão em 2001-2002: “a violação de meros deveres de protecção e de outros deveres acessórios” (cf. MENEZES CORDEIRO, António. *A modernização do direito das obrigações...* p. 329).

Os remédios para as crises contratuais regularizam o tráfego negocial, seja (i) extinguindo a obrigação e liberando as partes, com a substituição da pretensão primária pela pretensão secundária (indenização em perdas e danos), ou (ii) recolocando a obrigação no seu percurso rumo ao adimplemento, reposicionamento que pode redundar na *manutenção* ou *alteração* dos termos inicialmente contratados.

Por fim, podem ser agrupados em três grupos, definidos pelas características do suporte fático: crises do inadimplemento do contrato = remédios do inadimplemento do contrato; crises do desequilíbrio do sinalagma = remédios do desequilíbrio do sinalagma; crises derivadas dos princípios da boa-fé e da função social do contrato = remédios derivados dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Dessa forma, o objetivo deste capítulo - na sucinta descrição das crises contratuais e dos respectivos remédios - é não só esquematizar esse “subsistema” jurídico (de crises e de remédios), como nele situar a *enac*.

2.2. Remédios do inadimplemento contratual

2.2.1. Aspectos gerais do inadimplemento obrigacional

Tradicionalmente, o incumprimento era fenômeno basicamente relacionado à impossibilidade da prestação. Hoje verifica-se uma distinção entre a impossibilidade e o inadimplemento, e as figuras são tratadas de forma apartada na codificação. A impossibilidade é, ainda, no CC brasileiro, uma *figura de topo*, assim como é no sistema português, ambos herdeiros, em certa medida, e nesse aspecto, do Direito alemão⁴⁸⁷. É natural que seja essa figura de topo, porque a primeira regra para discernir o cumprimento de uma obrigação é, de fato, sua possibilidade: daí o fato de, no Digesto de Justiniano, ter-se inserido no Título 17 do Livro 50 (“De diversis regulis iuris antiqui”), isto é, dentre as *regula iuris*, o famoso fragmento de Celso “*impossibilium nulla obligatio est*”⁴⁸⁸.

Pode a impossibilidade ser originária ou superveniente. A impossibilidade originária, presente quando da constituição do negócio jurídico, é causa de nulidade⁴⁸⁹. As situações fáticas supervenientes que impossibilitam a realização da obrigação abrigam-se sob a rubrica da

⁴⁸⁷ MONTEIRO PIRES, Catarina. *Contratos I. Perturbações na execução...* p. 13, 71.

⁴⁸⁸ D. 50, 17, 185. Cels. 8 *dig*.

⁴⁸⁹ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 97.

impossibilidade. A impossibilidade prestacional pode ocorrer sem culpa do devedor ou com culpa. Não havendo imputabilidade ao devedor, a relação obrigacional é extinta, a pretensão às perdas e danos é afastada, o devedor é liberado e as partes retornam ao *status quo ante* (arts. 234⁴⁹⁰, 235⁴⁹¹, 238⁴⁹², 248⁴⁹³ e 256⁴⁹⁴ do CC).

O incumprimento, de seu turno, é caracterizado pela não realização da prestação devida. Pressupõe a possibilidade da prestação, “pelo que a inexistência de uma impossibilidade é condição do incumprimento”⁴⁹⁵.

No sistema jurídico brasileiro, o inadimplemento das obrigações foi tratado na forma dicotômica tradicional⁴⁹⁶, com as figuras do *inadimplemento absoluto* e do *inadimplemento relativo*, que é a *mora*⁴⁹⁷. Como observa Judith Martins-Costa: “Nos sistemas de tradição romano-germânica, como o brasileiro e o argentino, é conhecida a distinção entre as espécies de inadimplemento ancoradas na *summa divisio* entre o inadimplemento absoluto e o inadimplemento relativo, denominado *mora*”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁰ “Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos”.

⁴⁹¹ “Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu”.

⁴⁹² “Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda”.

⁴⁹³ “Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”.

⁴⁹⁴ “Art. 256. Se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação”.

⁴⁹⁵ MONTEIRO PIRES, Catarina. *Contratos I. Perturbações na execução...* p. 72.

⁴⁹⁶ Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 3.

⁴⁹⁷ “O incumprimento pode ser classificado: (a) quanto à ‘causa’, em imputável ou imputável ao devedor, caso decorra de culpa deste, na primeira hipótese, ou, na segunda, se resultar de outro fator, como culpa do credor, ato de terceiro, caso fortuito ou força maior, da lei ou do próprio devedor sem culpa; (b) quanto aos ‘efeitos’, o comportamento contrário ao contrato pode resultar em: (b.1) incumprimento definitivo, se a prestação não puder mais ser efetuada (impossibilidade) ou exigida (modificação superveniente das circunstâncias); ou, sendo possível e exigível, não tiver mais utilidade para o credor; (b.2) incumprimento não-definitivo, quando persistem a possibilidade, a exigibilidade e o interesse do credor mas a prestação não é efetuada no tempo, modo e lugar convencionados (*mora*); (b.3) cumprimento defeituoso, quando é feita a prestação, mas de modo imperfeito; (c) quanto ao ‘conteúdo’ da violação, o incumprimento pode ser de obrigação principal ou acessória - contratualmente prevista e exigível -, ou de dever secundário de conduta, decorrente da boa-fé; (d) tendo em vista o ‘interesse do credor’, o incumprimento pode se dar (d.1) sem impedir a satisfação do interesse do credor, obtida ou mediante a intervenção de terceiro, na forma permitida pela lei civil (arts. 304 e 305 do Código Civil), ou pela execução forçada, com a alienação de bens (‘Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor’, art. 391 do Código Civil), ou pela obtenção da finalidade da obrigação realizada de outro modo que não pela prestação do devedor; (d.2) sem a satisfação do credor, que não recebe a prestação e dela fica definitivamente privado, por ação do devedor, com ou sem culpa, ou por fato alheio ao devedor” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 95).

⁴⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. *Revista dos Tribunais*, v. 885, pp. 30-48, jul. 2009. Consulta em RT *On line* (pp. 2-3).

Ocorre que, como se verá melhor adiante, os campos antes bem delimitados pelo inadimplemento e pelo adimplemento vêm sendo ampliados, aplicando-se remédios que não decorrem da lei a situações fáticas que também não decorrem da lei. Esses remédios, assim como as respectivas crises, têm construção doutrinária e jurisprudencial, mas com inspiração em soluções estrangeiras⁴⁹⁹ e têm por fundamento os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a exemplo do adimplemento substancial do contrato e da violação positiva do contrato.

Interessa a esse trabalho o inadimplemento do contrato imputável ao devedor⁵⁰⁰, que será *absoluto* caso lhe seja impossível realizar a prestação, por qualquer razão. O inadimplemento do contrato é relativo se as prestações puderem ser realizadas e ainda forem úteis ao credor, mesmo que a tempo, lugar e modo distintos do ajustado. A culpa no inadimplemento relativo é um tema polêmico, como adiante será demonstrado.

O incumprimento culposo dos contratos tem como remédios tradicionais a *resolução* e a *ação de cumprimento* contratual (no Direito brasileiro, previstos ambos no art. 475 do CC).

A resolução do contrato é um *direito formativo extintivo*, que excepciona o princípio da estabilidade do contrato⁵⁰¹. Trata-se de “uma pretensão secundária, ‘definitiva e irreversível’, fundada num direito segundo alguns irrenunciável e que pressupõe uma opção de desvinculação contratual e, portanto, de afastamento do ‘plano obrigacional primário’”⁵⁰².

A sentença que decreta a resolução contratual substitui a pretensão original do credor por “uma ‘relação de liquidação’, na expressão de Larenz, com o direito de o credor obter a indenização pelas perdas e danos”⁵⁰³.

⁴⁹⁹ “Problema semelhante é ou foi enfrentado pela doutrina dedicada a outros ordenamentos da Família Romano-germânica. Na grande maioria dessas doutrinas, a completa sistematização da figura do inadimplemento ainda se apresenta como um tema a ser totalmente desenvolvido” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 6).

⁵⁰⁰ “A ‘culpa’ contratual, em sentido amplo, consiste em o devedor infringir, dolosa ou culposamente, os deveres que o contrato lhe impõe” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 104).

⁵⁰¹ Cf. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento...* p. 77.

⁵⁰² PIRES, Catarina Monteiro. *Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2, pp. 245-274, jan./mar. 2015, p. 1 da RT *on line*.

⁵⁰³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor...* p. 41.

O direito à indenização ou às perdas e danos é um direito independente, mas acessório⁵⁰⁴, que já existe desde a celebração do negócio. Somente é colocado em primeiro plano com a resolução⁵⁰⁵.

Pode o contratante lesado pelo inadimplemento optar pela ação de cumprimento, em vez da resolútoría. É essa a compreensão usual do art. 475 do CC: uma opção ao contratante prejudicado⁵⁰⁶. Assim, optando pela ação de cumprimento, esta consistirá no exercício da pretensão à prestação, pelo qual o lesado reclama a prestação *in natura* “ou pelo equivalente pecuniário, e terá natureza *condenatória* ou *executiva*”⁵⁰⁷.

A ação de cumprimento, da mesma forma que a resolução, substitui a obrigação original porque, caso dela decorra o cumprimento do contrato, este terá ocorrido na execução processual da relação de direito material (no cumprimento de sentença). Mesmo que os contratantes façam acordo em razão da ação de cumprimento, sua homologação no processo já representará uma relação jurídica de direito processual que substitui a relação jurídica de direito material originária.

Tanto a resolução como a ação de cumprimento têm curso judicial obrigatório.

Quanto ao inadimplemento relativo, que é a mora⁵⁰⁸ (art. 394 do CC⁵⁰⁹), este se caracteriza pelo não cumprimento da obrigação no tempo, lugar e forma previstos na lei ou na convenção.

O art. 396 do CC⁵¹⁰ diz que o fato ou omissão caracterizadores da mora devem ser imputáveis ao devedor. Apesar dessa disposição legal expressa, a culpa do devedor para incidência da mora não é uma questão pacífica na doutrina.

⁵⁰⁴ Cf. ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento... p. 53.

⁵⁰⁵ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor... p. 41.,

⁵⁰⁶ “Efetivamente, o artigo vigente concede ao contratante não inadimplente, nas generalidades dos casos, opção incondicionada, ou seja, a alternativa de postular em juízo o cumprimento da prestação devida ou a dissolução do contrato em face do inadimplemento ao seu libito” (ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento... p. 32). No mesmo sentido: “A escolha entre a ação de adimplemento e a de resolução está no âmbito da livre determinação do credor não-inadimplente, descabendo ao devedor forçá-los em um ou outro sentido. A ação de resolução não tem caráter de subsidiariedade, como se somente pudesse ser proposta no caso de inviabilizada a ação de adimplemento” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*... p. 139).

⁵⁰⁷ ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento... p. 35.

⁵⁰⁸ “Mora vem *memor*, lembrar, recordar, tal como ‘memória’” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 26. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 199).

⁵⁰⁹ “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”.

⁵¹⁰ “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

Araken de Assis afirma que a tendência doutrinária atual é pela desconsideração da necessidade de culpa e pela demonstração da simples imputabilidade⁵¹¹. Entretanto, acrescenta o autor, se a prestação de tornou inútil por ato voluntário e para fins de indenização, “a constituição em mora condiciona a procedência em perdas e danos. Por isso, diz Alex Weill, o inadimplemento deve ser ‘fautive’”⁵¹².

Pontes de Miranda, por outro lado, entende que não há que se falar em culpa na definição da mora, por ser esta “efeito imediato do fato jurídico, ou do advento do termo, por mínimo que seja, ou da condição (...), ou é efeito da interpelação (...): mora é efeito, não é fato”⁵¹³, bastando para sua constituição ato comissivo ou omissivo do devedor; que a obrigação exista e que seja eficaz; e, que as circunstâncias legais propiciem o adimplemento do devedor⁵¹⁴.

A mora pode ser purgada, desde que o cumprimento do contrato ainda seja útil ao credor, afastando-se o incumprimento definitivo (art. 395, parágrafo único do CC⁵¹⁵), não estando à disposição do credor resolver o contrato se a mora for purgável. Essa é a posição de Araken de Assis, com a qual se concorda porque “debela ações caprichosas, contrárias à lógica e à economia do programa contratual”⁵¹⁶.

2.2.2. O sistema brasileiro do adimplemento-inadimplemento. Crítica à sua generalidade em perspectiva comparatística

Como se viu, o Código Civil brasileiro é bastante sintético e genérico ao tratar do inadimplemento das obrigações. A singeleza do art. 475, que autoriza tanto a resolução quanto a execução contratual, acompanha aquilo que tradicionalmente se inscreveu nos sistemas da família romano-germânica. O antigo art. 1184 do velho Código francês⁵¹⁷ assumia essa feição:

⁵¹¹ Cf. ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento... p. 118.

⁵¹² ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento... p. 119.

⁵¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*...t. 26, p. 205.

⁵¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*...t. 26, pp. 212-216). Diz ainda o mesmo autor: “Se a falta de prestar foi por motivo justificado, como se o bem foi penhorado, ou arrestado, ou seqüestrado por erro do credor do vizinho e tem o devedor de opor embargos de terceiro possuidor, não incorre em mora” (*op. cit.*, p. 218).

⁵¹⁵ “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”.

⁵¹⁶ ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento... p. 125.

⁵¹⁷ Na redação original do dispositivo: “Art. 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfèra point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.”

a condição resolutiva era subentendida nos contratos, e o contratante prejudicado pela inexecução poderia optar por forçar o outro à execução ou demandar resolução, com perdas e danos.

É certo que a Reforma do Direito Contratual francês, pela Ordonnance n° 2016-131, introduziu muitas mudanças, a exemplo da *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1219⁵¹⁸), fruto da diretriz da Reforma de codificar aquilo que já estava consagrado nos usos.

O legislador francês optou, também, por preservar certa dicção clássica do *Code*, como as famosas disposições de que o contrato tem lugar de lei entre as partes (art. 1103⁵¹⁹), de que a formação e execução contratual devem dar-se de boa-fé, regra de ordem pública (art. 1104⁵²⁰), e de que o contrato sinalagmático é aquele em que os contratantes se obrigam reciprocamente um em face do outro (art. 1106⁵²¹). Entre muitas outras situações. Mas, no caso da opção “resolução-execução forçada”, optou por modificar a velha disposição, especificando as diversas possibilidades abertas ao contratante prejudicado. Assim, o art. 1217⁵²² abre a seção da “Inexecução do Contrato” autorizando o contratante prejudicado pela não cumprimento a recusar a própria execução ou suspendê-la (veja-se aí já a *exceptio non adimpleti contractus*, especificada no art. 1219 do mesmo Código), pedir a execução forçada *in natura*, obter redução do preço, provocar a resolução contratual, demandar a reparação das consequências do incumprimento. Prevê ainda o dispositivo que as sanções compatíveis entre si podem ser cumuladas, e que as perdas e danos têm lugar em todo caso.

Pense-se, a par da reforma do velho *Code*, na já referida Modernização do Direito das Obrigações ocorrida na Alemanha.

⁵¹⁸ “Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.”

⁵¹⁹ “Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.”

⁵²⁰ “Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public.”

⁵²¹ “Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci.”

⁵²² “La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- obtenir une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.”

Era tempo de, no Brasil, também refletir-se sobre a oportunidade de dar feição menos genérica ao Código Civil no que toca ao inadimplemento.

A economia da legislação brasileira na regulamentação do descumprimento culposo do contrato é motivo de críticas de doutrinadores, a exemplo de Catarina Monteiro Pires que, em ensaio comparatístico sobre o comportamento da resolução por inadimplemento no Brasil, Alemanha e Portugal, diz que entre nós “tem mesmo sido notado o silêncio da lei a propósito dos pressupostos e dos efeitos da resolução”⁵²³.

A crítica não deve ficar limitada à omissão legislativa quanto aos pressupostos e consequências tão-somente da resolução, mas sim deve ser estendida a todos os remédios para as crises contratuais, falha que fica mais evidente quando se observa a legislação alemã, cuja Lei de Modernização do Direito das Obrigações de 2001-2002⁵²⁴ colmatou as deficiências do direito obrigacional alemão⁵²⁵ que foram sendo percebidas em um século de vigência do BGB⁵²⁶.

⁵²³ PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento... p. 1 da RT *on line*.

⁵²⁴ Claus-Wilhelm Canaris narra a história da reforma, aqui resumida: “A reforma do direito das obrigações alemão teve início em 1979, quando foram apresentados os pareceres acadêmicos sobre o tema. Em 1984, o Ministério da Justiça criou uma comissão formada tanto por representantes do mundo acadêmico como por profissionais liberais para rever a lei das obrigações. Essa comissão elaborou uma proposta de reforma do Código que foi publicada em 1992. As modificações, no entanto, não foram implementadas imediatamente pois, naquela ocasião, a União Européia já tinha anunciado a mencionada diretiva de proteção aos direitos dos consumidores em contratos de venda, pela qual o Ministério resolveu aguardar. Somente quando a diretiva foi, por fim, sancionada em 1999 é que a reforma teve continuidade. Em um primeiro momento, o Ministério da Justiça pretendia realizar a proposta de reforma de 1991, modificando-a apenas no que se fizesse necessário para ajustá-la à diretiva. Com base nessa premissa, o Ministério apresentou uma nova versão de proposta, mas essa tentativa foi severamente criticada pela comunidade acadêmica. Como consequência, o Ministério criou uma nova comissão, em janeiro de 2001, novamente formada por acadêmicos e profissionais liberais, da qual eu participei. Essa comissão propôs modificações de amplo alcance ao documento já em mãos do Ministério, o que significou quase uma nova proposta. (...). A diretiva da União Européia não exigia qualquer mudança nas leis referentes à prescrição, inexecução e execução deficiente. Logo, a Alemanha poderia ter se limitado a uma simples modificação das leis dos contratos de vendas e, ao fazer isso, estaria adotando a assim chamada ‘solução menor’, que foi o que muitos outros países europeus decidiram fazer. Porém o Ministério da Justiça aproveitou o ensejo para realizar uma reforma abrangente do direito das obrigações, planejada desde 1984, decidindo-se, então, pela solução ‘maior’, que incluía a reforma da lei das prescrições, inexecução e execução deficiente” (CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 7, n. 27, pp. 108-124, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27.pdf. Acesso: 20 dez. 2022, pp. 109-110). Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27.pdf.

⁵²⁵ “Logo após a edição do BGB, os autores e tribunais alemães perceberam as limitações decorrentes do binômio adimplemento-inadimplemento no Direito Obrigacional. Havia situações que não permitiam identificar claramente se a parte adimpliu ou não a obrigação. São clássicos os exemplos da alteração superveniente das circunstâncias que, a depender do modelo teórico e da qualificação jurídica das relações, pode determinar a resolução-revisão do negócio por onerosidade excessiva, pela teoria da imprevisão (ou por ambas conjugadamente) ou a modificação por alteração da base do negócio” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo*... p. 339).

⁵²⁶ No que tange às obrigações em geral, foram reformados: “- na secção 1, título 1, relativo à vinculação e à prestação, foram alterados os §§ 241 (deveres provenientes de uma relação obrigacional, 244 (débito em moeda estrangeira), 247 (taxa básica de juros), 275 (exclusão do dever de prestar), 276 (responsabilidade do devedor),

Segundo Menezes Cordeiro, a reforma do Direito obrigacional alemão adotou uma concepção ampla de “perturbação das prestações” (*Leistungsstörungen*). É certo que o termo acabou abrangendo também institutos sem identidade dogmática entre si, como a impossibilidade, a mora, a violação positiva do contrato, a culpa *in contrahendo*, a alteração das circunstâncias e os contratos com efeito protetor de terceiros.

Entretanto, o legislador alemão conferiu feição científica e analítica a soluções que já haviam sido consagradas na doutrina e na jurisprudência, adotando “conceitos precisos, de base racional, em detrimento de fórmulas dotadas de cargas histórico-culturais”⁵²⁷.

2.3. Remédios ao desequilíbrio do sinalagma

2.3.1. Aspectos gerais

Sinalagma é definido neste trabalho como a vinculação e reciprocidade de obrigações contratuais. As partes se obrigam nos contratos em prestações mútuas, uma em razão da outra

278 (responsabilidade por auxiliares), 279 (revogado), 280 (indenização por violação de um dever), 281 (indenização em vez de prestação por não realização ou não realização exacta da prestação), 282 (indenização, em vez de prestação, por exclusão do dever de prestar), 284 (indenização por despesas perdidas), 285 (restituição de indenização), 286 (mora do devedor), 287 (responsabilidade durante a mora), 288 (juros de mora) e 291 (juros do processo); — na secção 1, título 2, relativo à mora do credor, foi alterado o § 296 (dispensabilidade da oferta); — a secção 2, referente à formação de relações obrigacionais através de cláusulas contratuais gerais — §§ 305, 305a, 305b, 305c, 306, 306a, 307, 308, 309 e 310 — foi inserida *ex novo*, absorvendo a Lei de 1976, com alterações posteriores, modificando alguns dos seus aspectos; a aplicabilidade ao Direito do trabalho terá sido das mais significativas; — na secção 3, título 1, subtítulo 1, sobre constituição de relações obrigacionais provenientes de contrato, foram alterados ou aditados os seus quatro §§: 311 (negócio jurídico e relações obrigacionais semelhantes a negócios jurídicos), 311a (impedimento da prestação, aquando da conclusão do contrato), 311b (contratos sobre prédios, sobre o património ou sobre a herança) e 311c (alargamento à pertença); — nos mesmos secção e título, foi aditado todo o subtítulo 2, sobre formas especiais de distribuição; os seus §§ 312 a 312f resultaram da inclusão, no BGB, do diploma sobre vendas comerciais fora de estabelecimento e sobre regras relativas a vendas à distância; — ainda nos referidos secção e título, foi aditado o subtítulo 3, com os §§ 313 e 314: o primeiro sobre alteração das circunstâncias e o segundo sobre a denúncia de relações duradouras; — na secção 3, título 2 (contrato bilateral), foram alterados cinco §§ e suprimido um; alterados: os §§ 321 (excepção de insegurança), 323 (resolução por incumprimento ou por cumprimento imperfeito), 324 (resolução por incumprimento de um dever no sentido do § 241/2), 325 (direito à indenização e resolução) e 326 (liberação da contraprestação e resolução por exclusão do dever de prestar); suprimido: o § 327; — na referida secção 3, título 5 (resolução, revogação e direito de restituição nos contratos de consumo) e subtítulo 1 (resolução), foram alterados os §§ 346 (eficácia da resolução), 347 (frutos e utilidades depois da resolução), 350 (extinção do direito de resolução depois da fixação de prazo), 351 (indivisibilidade do direito de resolução), 352 (compensação depois do não cumprimento), 353 (resolução contra pena contratual) e 354 (cláusula de caducidade); — nos mesmos secção e título, o subtítulo 2 (direito de revogação e de restituição em contratos de consumidores), corresponde a matéria aditada pela Lei de 29 Jun. 2000, alterando—os §§ 355, 356 e 357, sobre os direitos de revogação e de restituição nos contratos de consumo — e a matéria antes inserida no *FernAbsG*, no *TzWrG* e no *VerbrKrG* — §§ 358 e 359, os §§ 360 e 361 foram revogados; — finalmente, na secção 4, título 3 — compensação — foi alterado o § 390 e na secção 7 — pluralidade de devedores e credores — o § 425: ambos sobre questões relativas à prescrição” (MENEZES CORDEIRO, António. A modernização do direito das obrigações... pp. 326-327).

⁵²⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, António. A modernização do direito das obrigações... pp. 328-331.

(comutatividade), além de também se vincularem em razão da equivalência valorativa que subjetivamente imprimem àquelas prestações, quando da conclusão do contrato – sinalagma genético⁵²⁸ -, a qual deve ser mantida durante toda a execução contratual – sinalagma funcional (reciprocidade ou equivalência)⁵²⁹.

A distinção entre sinalagma genético e funcional é didática, uma vez que se trata de um instituto uno e que acompanha a dinâmica da obrigação: “Se a relação obrigacional é um processo, que se altera e se modifica durante seu percurso em direção ao adimplemento, o sinalagma se sujeita às mesmas vicissitudes, sem, contudo, fragmentar-se”⁵³⁰.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro trabalha com aquela divisão do sinalagma e atribui consequências distintas ao desequilíbrio de um e outro, ressaltando a arguta observação de Judith Martins-Costa de que não existe no Código Civil um princípio geral de (re)equilíbrio contratual. Há, assim, crê-se, apenas as figuras pontuais, que reequilibram o contrato a partir de circunstâncias objetivamente previstas.

O princípio geral do (re)equilíbrio contratual é encontrado no Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 6º, V, traz uma “previsão geral, rubricando como ‘direito básico do consumidor’ a *modificação* das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua *revisão* em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”⁵³¹. Também se encontra esse princípio geral no Direito Administrativo, presente em diversos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133, de 1.4.2021).

⁵²⁸ “O sinalagma genético manifesta-se aquando da conclusão do contrato e traduz a projecção de reciprocidade que, nas partes, as leva a pretender aquele contrato” (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil...* p. 127).

⁵²⁹ Cf. GRÜNEBERG, Christian. § 320..., p. 536. Ainda: “Note-se que não cabe chamar ‘sinalagma genético’ à estipulação e ‘sinalagma funcional’ às regras. Quer o ‘sinalagma genético’ quer o ‘funcional’ são institutos, o primeiro destinado a problemas originários, o segundo a supervenientes. A terminologia não é inequívoca, mas não vale a pena aumentar a confusão. Cf. GERNHUBER, *Schuldverhältnis*, 315-317, ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, I/1, 218, ou KLINKE, *Causa und genetisches Synallagma*, Duncker & Humblot, Berlim, 1983, esp.^{te} 98-9” (PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro Manuel Ferreira. *Sobre o conceito e extensão do sinalagma*. Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 379-430, nota de rodapé 62).

⁵³⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além dos contratos bilaterais. *Revista de Direito Privado*, v. 65, ano 17, pp. 121-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2016.

⁵³¹ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* p. 649.

2.3.2. *Remédios do desequilíbrio do sinalagma genético e funcional*

Existem, pois, hipóteses nas quais o *sinalagma genético* já nasce desequilibrado, nas quais é possível equilibrá-lo, preservar o contrato, mesmo que alterando-se as obrigações como inicialmente contratadas pelas partes.

São as hipóteses (i) do vício de consentimento que resulte na lesão⁵³² (art. 157⁵³³) e (ii) cláusulas abusivas em contratos de adesão (art. 424⁵³⁴).

Para a lesão, o Código Civil prevê dois remédios: a anulação do negócio jurídico (art. 157⁵³⁵) ou sua preservação, caso a parte favorecida assim o queira, repactuando o contrato mediante o oferecimento de suplemento para a desproporção das prestações ou reduzindo seu proveito, quando então se atinge o equilíbrio do sinalagma (§ 2º do art. 157).

Para as cláusulas abusivas que compõem contrato de adesão é prevista a nulidade das cláusulas, equilibrando igualmente o sinalagma genético que nasceu descompensado e preservando-se o contrato, com a modificação das obrigações como inicialmente contratadas.

Existem também hipóteses nas quais o *sinalagma funcional* é atingido, sendo, contudo, possível reequilibrá-lo e recolocar o contrato em sua trajetória rumo ao adimplemento, com ou sem modificação das obrigações avençadas.

Os remédios previstos no Código Civil que operam da forma acima indicada são a exceção de contrato não cumprido e a *exceptio non rite adimpleti contractus* (art. 476 CC); a

⁵³² Como afirma Ricardo Dal Pizzol, os romanos, “quanto ao equilíbrio entre as prestações, consagravam apenas os institutos da *lesão enorme* (desproporção que excedesse metade do valor real da prestação) e *enormíssima* (desproporção em mais de dois terços do valor justo da prestação), ambos vinculados ao momento da *gênese* do contrato, não avançando no tratamento de desequilíbrios derivados de fatores supervenientes” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Sinalagma funcional e contratos de prestação de serviços educacionais...* pp. 154-156).

⁵³³ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

⁵³⁴ “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

⁵³⁵ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

exceção de insegurança (art. 477⁵³⁶) e a revisão por excessiva onerosidade (arts. 317⁵³⁷, 479⁵³⁸ a 480⁵³⁹).

2.3.3. Exceções sinalagmáticas

A *enac*, a *exceptio non rite adimpleti contractus* e a exceção de insegurança são denominadas “exceções sinalagmáticas”. Como espécies do gênero exceção, têm a característica comum de seu exercício extinguir processualmente a demanda de cumprimento do excepto sem resolução de mérito, impedir o nascimento do direito de resolução e suspender a exigibilidade do débito do excipiente⁵⁴⁰. Podem, contudo, como se vem afirmando desde o início, ser operadas extrajudicialmente, no que mais se aproximam de seu enquadramento como verdadeiros e próprios exercícios de autotutela contratual.

Quando legitimamente exercidas, as exceções sinalagmáticas evitam que o excipiente incorra em mora: “não fluem juros moratórios, nem cabe alegar-se compensação”⁵⁴¹.

Assim, a função das exceções sinalagmáticas é “preservar o vínculo jurídico e proteger uma das partes dos riscos do contrato, sempre tendo por fim garantir o cumprimento de ambas as obrigações”⁵⁴². Em outros termos, o excipiente, desde que legítima sua suspensão, não se

⁵³⁶ “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”.

⁵³⁷ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

⁵³⁸ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

⁵³⁹ “Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

⁵⁴⁰ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 13.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 926. Está em Pontes de Miranda: “a exceção, pois que não elimina no todo, nem em parte, o direito, a pretensão, ou a ação, ou outra exceção, e só lhes atinge a eficácia, para a encobrir, até onde vá a do direito, pretensão, ou a ação, ou exceção, contra que se dirige, - apenas os torna praticamente ineficazes, porque, encoberta, a sua eficácia não pode *contra-ocorrer*, temporal ou definitivamente” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...v. 6*, p. 66).

⁵⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...t. 26*, p. 215.

⁵⁴² MORAES, Bernardo B. Queiroz de; GIANNOTTI, Luca d’Arce. A exceção de insegurança e a tutela do devedor em tempos de Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*. 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/direito-civil-atual-excecao-inseguridade-tutela-devedor-tempos-covid-19>. Acesso: 14 nov. 2022. Especificamente sobre a função da exceção de contrato não cumprido: “Em realidade, o objetivo primordial da exceção de inadimplemento, divisada no conjunto dessas funções acidentais, consiste em preservar até a extinção do contrato a interdependência originária das prestações que presidiram a formação do negócio. No alvitre de Serpa Lopes, a exceção se baseia na necessidade de manter o equilíbrio patrimonial” (ASSIS, Araken. Comentário ao art. 476. In: *Comentários ao código civil brasileiro. Do direito das obrigações*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, vol. V, p. 660).

subordina aos riscos, que ficam neutralizados pelo fato de seu não cumprimento não acarretar mora.

A exceção de contrato não cumprido e a *exceptio non rite adimpleti contractus* não promovem a modificação das obrigações originais, ao contrário da exceção de insegurança. Esta é autorizada quando o excipiente/devedor for a parte que deva cumprir a prestação em primeiro lugar, mas que que comprove diminuição patrimonial do excepto/credor suficiente a ameaçar o rompimento do sinalagma diante de uma real ameaça de não cumprimento por ruína econômica.

2.3.4. A *exceptio non rite adimpleti contractus*. O problema da proporcionalidade

A *exceptio non rite adimpleti contractus* é uma figura parcelar da *enac*⁵⁴³, i.e., um remédio que tem as mesmas características desta e pode ser oposta pelo excipiente/demandado caso o excepto/demandante tenha cumprido *insatisfatoriamente* a obrigação, quantitativa ou qualitativamente⁵⁴⁴.

Apesar de inexistir regramento legislativo sobre os pressupostos da *exceptio non rite adimpleti contractus*, Ricardo Dal Pizzol informa que ela pode ser considerada abusiva caso seja oposta pelo excipiente que nada prestou, diante de um descumprimento ínfimo da obrigação do excepto (qualitativo ou quantitativo)⁵⁴⁵. Já se deu acima o exemplo do excipiente que invoca a *enac* em caso de credor que, não tendo liberado todo o empréstimo contratado, começa a cobrar, no vencimento. É possível, como se disse, que seja abusiva a postura do excipiente caso o incumprimento alheio seja ínfimo. Mas essa desproporção deve ser vista com muito cuidado em face do ordenamento brasileiro, no qual não se prevê expressamente o requisito da desproporção, nem se exige que o incumprimento alheio seja suficientemente grave (como está previsto no CC francês).

⁵⁴³ “Para combater o dano específico produzido por tal gênero de inadimplemento, desenvolveu-se a *exceptio non rite adimpleti contractus*. É uma subespécie da exceção de inadimplemento. Serpa Lopes a designa de ‘outra face’ da *exceptio*. Exibe idêntica natureza, características, fundamento, finalidade e domínio de atuação (contrato bilateral). Controvertem-se tão-só dois aspectos: em primeiro lugar, a oposição da exceção após o recebimento da prestação defeituosa; ademais, sua convivência com as ações edilícias” (ASSIS, Araken. Comentário ao art. 476. In: Comentários ao código civil brasileiro. Do direito das obrigações. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, vol. V, p. 661).

⁵⁴⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado...*t. 26, p. 210.

⁵⁴⁵ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 255.

Não é questão pacífica sobre os limites nos quais se opera o encobrimento da eficácia da pretensão do excepto que cumpriu defeituosamente diante da oposição da *exceptio non rite adimpleti contractus* pelo excipiente⁵⁴⁶.

O problema aqui é, na verdade, o problema da proporcionalidade do incumprimento, por parte do excepto, que autoriza a contraparte a manejar aquela exceção. Nem sempre essa questão é tratada no campo teórico da *exceptio non rite adimpleti contractus*. Pode-se, com efeito, simplesmente abordar o problema da proporcionalidade sem fazer menção a essa figura parcelar. Mas, considerando sua presença nas obras brasileiras, acredita-se ser interessante, até para fins didáticos, tratar da questão neste lugar.

A questão da proporcionalidade suscita sempre a questão de um incumprimento maior ou menor o que, teoricamente, leva a pensar em uma extensão do cumprimento, é dizer, em um cumprimento que existe mas que é defeituoso em certa medida. Então, logicamente, faz sentido sobrepor os problemas da *exceptio non rite adimpleti contractus* e o da proporcionalidade do incumprimento porque, sinteticamente, pode-se afirmar que tudo aquilo que disser respeito a um cumprimento defeituoso pode ser reconduzido àquela figura a qual, repita-se, é uma manifestação da *exceptio non adimpleti contractus*.

Quanto ao problema da proporcionalidade, é necessário que o excipiente observe a extensão do incumprimento alheio e utilize a exceção apenas em medida proporcional àquele incumprimento?

Autores clássicos como Giovanni Persico⁵⁴⁷ e, no Brasil, Pontes de Miranda, afirmam que a suspensão da eficácia da prestação do excipiente deve ser proporcional ao defeito da

⁵⁴⁶ “Em todas as hipóteses de *exceptio non rite* há certo aproveitamento pelo excipiente do que já foi oferecido como cumprimento pelo excepto, enquanto, por outro lado, é possível que o excipiente, ele próprio, nada tenha cumprido. É preciso ponderar, nessas circunstâncias, se a exceção deve ter o condão de encobrir integralmente a eficácia da pretensão (forte na tese de que, para todos os efeitos, o excepto não prestou de forma satisfatória) ou se, de forma diversa, deve ensejar apenas um encobrimento proporcional ao inadimplemento do excepto (a fim de manter-se o equilíbrio da relação, razão de ser do instituto, não se permitindo que o excipiente se valha da exceção como escudo para nada cumprir). Com efeito, não há regra a impor que o uso da exceção só possa ocorrer em um contexto de ‘tudo ou nada’ (ou é plenamente legítima, paralisando toda a pretensão do autor; ou é considerada totalmente abusiva, sendo rejeitada na íntegra, sem qualquer eficácia encobridora). Em verdade, soluções intermediárias como a aludida (reduzir a eficácia encobridora da exceção a um patamar proporcional ao descumprimento da contraparte, considerando-a abusiva naquilo que a isso exceder), podem se mostrar, em concreto, as mais consentâneas com as finalidades do instituto, por assegurarem, na medida do possível, o cumprimento simultâneo das obrigações” (DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* pp. 646-647).

⁵⁴⁷ “Comunque nell’inadempimento di poca importanza non resta esclusa del tutto l’*exceptio*, mas, se possibile, è ammessa nei limiti della parte di prestazione non eseguita. Il Giudice, potrà, infatti o escludere l’*exceptio non adimpleti contractus* o dichiararla, anche di uffici, infondata solo parzialmente. Può verificarsi, pertanto, che l’inadempimento sai di così lieve entità, da consentire soltanto una sospensione parziale o proporzionata della controprestazione” (PERSICO, Giovanni. *L’eccezione d’inadempimento...* p. 145).

prestação do excepto, com base nos princípios da boa-fé e na proibição do uso abusivo de posições jurídicas, a não ser que a obrigação do excipiente seja indivisível, situação que inviabiliza a suspensão parcial de sua obrigação: “neste caso, prefere-se a solução de permitir a aplicação da exceção, com eficácia encobridora total, ainda que já tenha havido cumprimento parcial pelo excepto (...)”.

No Código Civil do Québec, essa proporcionalidade é exigida⁵⁴⁸. O excipiente suspende a prestação na medida do incumprimento alheio, de modo a manter-se uma correspondência também no incumprimento, por assim dizer.

Nos casos em que a prestação é indivisível, não se poderia cogitar de uma retenção parcial⁵⁴⁹. Mas, sendo divisível, a questão remanesce (talvez, com a ressalva dos contratos de duração conforme já explanado).

Acredita-se, contudo, que a proporcionalidade não deve ser aplicada em face do ordenamento brasileiro. Diante do incumprimento suficientemente grave, o excipiente fica autorizado a reter por completo sua prestação. Além da falta de previsão diversa, isso faz mais sentido considerando-se a função coercitiva da *enac*.

2.3.5. A exceção de insegurança (art. 477 do CC)

A. Delineamento geral

A exceção de insegurança, prevista no art. 477 do CC⁵⁵⁰, assegura a um contratante o direito de suspender sua prestação até que o outro cumpra ou preste caução de o fazer, em caso de redução patrimonial alheia, que ameace o cumprimento do contrato no termo. Trata-se, nesse caso, da possibilidade de uma mutação da relação obrigacional, em face da caução que é

⁵⁴⁸ “Art. 1.591. Lorsque les obligations résultant d’un contract synallagmatique sont exigibles et que l’une des parties n’exécute pas substantiellement la sienne ou n’offre pas de l’exécuter, l’autre partie peut, dans une mesure correspondante, refuser d’exécuter son obligation corrélative, à moins qu’il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des usages qu’elle soit tenue d’exécuter la première”.

⁵⁴⁹ “Se a obrigação do excipiente é indivisível, a adequação conforme o grau de incumprimento da parte adversa é inviável. Neste caso, prefere-se a solução de permitir a aplicação da exceção, com eficácia encobridora total, ainda que já tenha havido cumprimento parcial pelo excepto (desde que, é claro, o incumprimento deste não tenha sido irrisório, situação em que o remédio é incabível). A única outra solução seria negar o emprego do remédio, o que equivaleria a obrigar o demandado a prestar integralmente, mesmo em face do incumprimento parcial do demandante” (Cf. PIZZOL Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...* p. 373).

⁵⁵⁰ “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”.

prestada para contornar a insegurança no cumprimento, caso o contratante afetado pela diminuição patrimonial não se adiante na prestação que lhe cabe.

Assim, a exceção de inseguridade suspende a exigibilidade da prestação do excipiente até que o excepto cumpra a sua. É comum ver-se o instituto como uma espécie de vencimento antecipado, uma teoria que vem há tempos sendo recepcionada no Brasil.

Essa figura encontra paralelo em outros códigos civis, nos quais, em geral, também aparece logo após a *enac*. Assim, por exemplo, nos códigos francês (art. 1.220), alemão (§321), italiano (art. 1.461), e, aproximadamente, no português (art. 429).

Neste Código Civil português, há a seguinte disposição no art. 429:

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

O artigo tem a vantagem de ser mais preciso que o correspondente do Código Civil brasileiro, porque deixa claro que o contratante excipiente na inseguridade é aquele que estava obrigado a cumprir em primeiro lugar, mas que pode, dadas as circunstâncias que a lei assinala, recusar a prestação ou exigir garantias. No Código Civil português, essas circunstâncias são aquelas que em geral importam para um contratante - a “perda do benefício do prazo” -, e não especificamente, como diz o Código Civil brasileiro, “diminuição patrimonial” que ameace o cumprimento.

O que há na hipótese do art. 477 do CC é o risco de descumprimento, diante das circunstâncias patrimoniais do devedor. Daí porque aplicar-se com bastante cautela essa figura, para que não se tenha perigo do não recebimento da prestação devida pelo excipiente dessa situação.

B. Relação com outras hipóteses, especialmente a do art. 495 do CC

A figura geral da exceção de inseguridade (art. 477) se aproxima de outras do Código Civil, como a figura mais genérica do art. 333, I⁵⁵¹ (cobrança antecipada na falência do devedor) e a mais específica do art. 495, que regula a situação de risco na compra e venda:

⁵⁵¹ “Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

Art. 495. Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado.

Segundo Otavio Luiz Rodrigues Jr., em comentários a esse dispositivo, trata-se de hipótese diferente da prevista no art. 477 do CC, muito embora a expressão “cair em insolvência” não signifique falência civil do devedor⁵⁵².

Mesmo assim, acredita-se que devem ser consideradas situações distintas, porque insolvência guarda relação com manifestações especiais de redução patrimonial, que não são necessariamente exigidas na figura geral do art. 477 do CC.

Ricardo Dal Pizzol, criticando a posição de Otavio Luiz Rodrigues Jr., afirma que não há motivos para diferenciar as situações, nem dar tratamento especial à compra e venda, podendo todas as hipóteses reconduzirem-se à previsão geral da exceção de insegurança, e assim ao requisito da diminuição patrimonial.

Crê-se, no entanto, que a opinião de Otavio Luiz Rodrigues Jr. se justifica, e que as soluções dos artigos 477 e 495 do CC são diversas, por duas ordens de motivos.

Em primeiro lugar, porque a legislação realmente trata com maior especificidade do contrato de compra e venda em termos de “risco contratual”, que envolve o risco do inadimplemento. Essa característica é observável em outros ordenamentos. Veja-se que no Código Civil francês, mesmo depois de admitida a exceção de insegurança no art. 1.220, manteve-se, com a Reforma de 2016, a previsão especial para a compra e venda, conforme o art. 1.613:

Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme.

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes”.

⁵⁵² RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Comentários aos arts. 481 a 537; Compra e venda, troca, contrato estimatório. In: VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro (coord.). *Código civil comentado*. v. 6, t. I. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164 e ss.

Prevê-se especificamente o caso de risco de não recebimento do preço pela queda em falência do comprador, situação que desobriga o vendedor à entrega, a menos que o adquirente lhe dê caução de pagar no termo.

Em segundo lugar, a compra e venda é, por assim dizer, o “paradigma escolar” dos contratos, da mesma forma que a propriedade o é em relação ao direito subjetivo em geral⁵⁵³. Como se observou no Capítulo 2, uma das tutelas mais relevantes dos contratos foi, no Direito Romano, a proteção do vendedor por meio da *lex commissoria*. Modernamente, essa tutela generalizou-se com a cláusula resolutiva implícita, mas já constava ali, entre os romanos, na compra e venda, o mecanismo de tutela que autorizava a retenção da prestação da coisa em caso de não pagamento do preço.

Acredita-se, portanto, que há razões dogmáticas e históricas que justificam esse tratamento privilegiado da compra e venda – e, especificamente, do vendedor –, cuja tutela tem sido, ao longo dos séculos, objeto de grandes controvérsias.

Por outro lado, parece que a interpretação de Otavio Luiz Rodrigues Jr. faz o possível para preservar uma particularidade histórica do regime da compra e venda. Particularidade (proteção do vendedor no risco de insolvência do comprador) que continua presente, como se viu, no “velho” *Code* francês, mesmo depois da admissão da figura similar à exceção de insegurança.

C. A onerosidade excessiva (art. 478 do CC)

Por fim, a revisão por onerosidade excessiva igualmente tem por objetivos reequilibrar o sinalagma funcional; manter a relação contratual; evitar a resolução do contrato prevista no art. 478 do CC⁵⁵⁴; revisar as obrigações inicialmente contratadas e reconduzi-las ao formato do sinalagma genético.

Para Otavio Luiz Rodrigues Jr., o Código Civil brasileiro, sistemicamente interpretado (tarefa que se faz em conjunto com a principiologia contratual) impõe que prevaleça o princípio

⁵⁵³ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Procedimento do direito de domínio e improcedência da ação reivindicatória. Favela consolidada sobre terreno urbano loteado. Função social da propriedade. Prevalência da constituição federal sobre o direito comum. *Revista dos Tribunais*, v. 85, p. 204-223, jan. 1996.

⁵⁵⁴ “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”.

do reequilíbrio do contrato à resolução da avença, solução que deverá ser reservada para os casos extremos⁵⁵⁵.

Sustenta o autor que o juiz poderá/deverá proceder daquela forma amparado pelo art. 479 do CC, como acontece na Alemanha, onde o § 313, após a reforma do Direito das Obrigações, determina a revisão do contrato por alteração da base objetiva⁵⁵⁶.

Essa orientação consta de escrito de Claus-Wilhelm Canaris⁵⁵⁷, no sentido de que diante de um fator que altere os fundamentos da transação, a parte em desvantagem pode pedir a revisão do contrato (ajuste do preço) e apenas “no caso de tal emenda não ser possível, ou não ser razoável para uma das partes, o lado em desvantagem poderá eximir-se da execução nos termos do contrato (§ 313, III do CCA)”⁵⁵⁸.

Os pressupostos para revisão dos contratos por onerosidade excessiva previstos no Código Civil, que são os mesmos para a resolução do contrato, são: “que o contrato seja de execução continuada ou diferida; (ii) a existência de prestação excessivamente onerosa para uma das partes, com a quebra de sua equação econômica; e (iii) em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível”⁵⁵⁹.

Em síntese, os remédios para o desequilíbrio do sinalagma contratual previstos no Código Civil podem ser assim identificados:

- (1) Repactuação em caso de lesão (art. 157, § 2º): equilibra o sinalagma genético; modifica as obrigações originalmente contratadas; preserva o contrato
- (2) Nulidade das cláusulas abusivas em contratos de adesão: equilibra o sinalagma genético; modifica as obrigações originalmente contratadas; preserva o contrato
- (3) *Exceptio non adimpleti contractus e exceptio non rite adimpleti contractus* (art. 476): equilibram o sinalagma funcional; não modifica as obrigações originalmente contratadas; preserva o contrato
- (4) Exceção de insegurança (art. 477): equilibra o sinalagma funcional; não modifica as obrigações originalmente contratadas caso o excepto faça opção pelo cumprimento simultâneo das prestações; modifica as obrigações originalmente

⁵⁵⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos...* pp. 143-145.

⁵⁵⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos...* p. 147.

⁵⁵⁷ Uma das figuras que tiveram relevância na Reforma do Direito das Obrigações de 2001-2002 na Alemanha.

⁵⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo direito das obrigações na Alemanha...* p. 116.

⁵⁵⁹ FERREIRA, Antonio Carlos. *Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 1, pp. 27-39, out./dez. 2014.

contratadas caso o excepto faça opção pela prestação de garantia; preserva o contrato

- (5) Revisão por onerosidade excessiva: equilibra o sinalagma funcional; modifica as obrigações originalmente contratadas; preserva o contrato.

2.4. Remédios derivados da boa-fé e da função social do contrato. A chamada “expansão do sinalagma”⁵⁶⁰

2.4.1. O descumprimento contratual em obrigações complexas

Os remédios derivados da boa-fé objetiva e da função social do contrato são, no Brasil, frutos de construção doutrinária e jurisprudencial e têm origem nos princípios da boa-fé objetiva (art. 422 do CC⁵⁶¹) e da função social do contrato (art. 421 do CC)⁵⁶². Não têm, pois, previsão legislativa autônoma, ao contrário dos demais remédios para as crises contratuais aqui mencionados.

Como já se observou na Alemanha, com a Lei de Modernização do Direito das Obrigações, o BGB passou a prever expressamente a *culpa in contrahendo* e a violação positiva do contrato, dentre outras soluções que os operadores do direito obrigacional naquele país elaboram desde a entrada em vigor do Código em 1900⁵⁶³. Isso não aconteceu no Brasil

O que a doutrina e a jurisprudência aqui fizeram foi concretizar, a partir dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, remédios para a violação de deveres diversos dos deveres de prestação (principais ou primários e secundários), que cabem dentro do conceito de obrigação complexa⁵⁶⁴. No Brasil, esse conceito deve-se ao trabalho de Clóvis do Couto e

⁵⁶⁰ Cf. DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido...*

⁵⁶¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵⁶² “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

⁵⁶³ “No campo do Direito da perturbação das prestações – noção compreensiva – esse aspecto denota-se pelo recurso nuclear à ideia de ‘violação de um dever’: categoria central no novo Direito”, como consta do atual §241 (2) do BGB: “(2) a relação obrigacional pode obrigar, conforme o seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra” (Cf. MENEZES CORDEIRO, António. *A modernização do direito das obrigações...* pp. 328-329).

⁵⁶⁴ “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo...* p. 20). Também: “Supera-se, assim, a concepção estática da relação obrigacional para compreendê-la como categoria dinâmica, que nasce, modifica-se e desenvolve-se em direção ao fim que a justifica. Aliás, com a expressão obrigação como processo, tenciona-se, justamente, sublinhar o caráter dinâmico da relação obrigacional, formada

Silva, cujas lições ganharam ampla aceitação e impactaram fortemente o Direito Obrigacional no país. Couto e Silva, um dos autores do Projeto de Código Civil que se tornou a atual codificação, trouxe doutrina alemã para suas aulas e consolidou seus estudos em uma obra seminal: *A Obrigação como Processo*.

Um dos exemplos de discípulo de Clóvis do Couto e Silva foi Ruy Rosado de Aguiar Jr., Ministro do Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões ajudaram a consolidar o papel da boa-fé objetiva antes mesmo de sua admissão como cláusula geral no Código Civil de 2002. Deve-se notar que Ruy Rosado sempre teve o cuidado de estudar e aplicar criteriosamente a boa-fé, formando grupos de casos coerentes e ainda hoje paradigmáticos⁵⁶⁵. Uma outra herdeira intelectual de Clóvis do Couto e Silva é Judith Martins-Costa – grande nome no estudo da boa-fé no direito brasileiro. Para essa autora, a obrigação é marcada pela existência de um complexo de deveres e de interesses. Existem, pois, (i) os *deveres de prestação* (i.1) principais (primários) e (i.2) secundários (acidentais), esses últimos se subdividindo em (i.2.a) deveres de prestação secundários meramente acessórios e (i.2.b) deveres de prestação secundários com prestação autônoma; (ii) os *deveres anexos* (instrumentais); e (iii) os *deveres de proteção*⁵⁶⁶.

Somente os deveres de prestação (primários ou secundários) representem o conteúdo ao qual os contratantes de vinculam diretamente e que decorrem da vontade manifestada pelas partes ou da legislação⁵⁶⁷.

Assim, a doutrina e tribunais brasileiros começaram a admitir remédios para solucionarem crises contratuais cujos suportes fáticos não se enquadravam no binômio do inadimplemento⁵⁶⁸ (absoluto e relativo) e tampouco nas hipóteses legalmente previstas que desequilibram o sinalagma. São eles o adimplemento substancial do contrato e a violação

por uma série de atos que se ligam com interdependência, orientados a certo fim. A relação obrigacional compreende, portanto, os variados poderes e deveres das partes, que vão surgindo ao longo da relação obrigacional como algo que se conecta e se desdobra em direção ao adimplemento” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilização da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 101, pp. 181-205. set./out. 2015, p. 2).

⁵⁶⁵ Ver, por todos, MIRAGEM, Bruno. Ruy Rosado de Aguiar Júnior: renovador do Direito Privado brasileiro (1938-2019). In: Marques, Claudia Lima; Cerqueira, Gustavo (org.). *A função modernizadora do Direito Comparado: 250 anos da lei da boa razão*. São Paulo: YK, 2020, pp. 557-571.

⁵⁶⁶ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado...* pp. 239-241.

⁵⁶⁷ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado...* p. 240.

⁵⁶⁸ Cf. “Em outras palavras, o objetivo deste trabalho é demonstrar que o modelo dicotômico de inadimplemento, comumente utilizado no Brasil, comporta e exige um alargamento que inclua uma terceira via, alargamento já há muito realizado pela doutrina de outros países, especialmente a Alemanha (...)” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 3).

positiva do contrato, aos quais se pode acrescentar o chamado inadimplemento antecipado do contrato.

2.4.2. Adimplemento substancial do contrato

Informa Antonio Carlos Ferreira que a teoria do adimplemento substancial do contrato foi recepcionada no Brasil em razão do fecundo encontro das lições de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, que eram calcadas na doutrina estrangeira, com a atuação de Ruy Rosado de Aguiar Jr. quando Ministro do Superior Tribunal de Justiça, sendo o primeiro acórdão a tratar do tema de relatoria deste último: Recurso Especial n. 76.362/MT, Quarta Turma, publicado no Diário da Justiça de 1.4.1996⁵⁶⁹.

Trata-se de teoria originária da doutrina e jurisprudência inglesas, desenvolvendo-se a partir de 1779 quando as Cortes de *Equity* observaram que em razão de um inadimplemento ínfimo a incidência da resolução poderia ser medida desproporcional⁵⁷⁰.

A teoria também se desenvolveu na Alemanha e passou a ter previsão expressa no § 275 (2), do BGB, após Reforma do Direito das Obrigações de 2001-2002: “o devedor fica isento da obrigação se a execução guardar desproporção grosseira em comparação ao interesse do credor em assegurar o seu direito de execução”⁵⁷¹.

No Brasil, a teoria do adimplemento substancial que, repita-se, não tem previsão legal expressa, impõe cautela em sua aplicação pelos Tribunais pátrios, o que se verifica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a analisa quando ultrapassa os óbices dos enunciados sumulares 5⁵⁷² e 7⁵⁷³.

Reconhece aquela Corte que a aplicação da teoria se faz para rechaçar o uso desequilibrado do direito de resolução e a preservação do negócio jurídico⁵⁷⁴ podendo-se, a partir de seus julgados, extrair os seguintes pressupostos de incidência do adimplemento substancial do contrato (não exaustivos): (i) que o critério quantitativo não deve ser considerado

⁵⁶⁹ Cf. FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, pp. 35-60, jan./mar. 2019.

⁵⁷⁰ Cf. FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial..., p. 36..

⁵⁷¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha..., p. 114.

⁵⁷² Enunciado de Súmula n. 5 do Superior Tribunal de Justiça: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”.

⁵⁷³ Enunciado de Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁵⁷⁴ Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.689.441/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 21.6.2022.

exclusivamente; (ii) que o interesse do credor tenha sido satisfeito, mesmo que imperfeita a prestação; (iii) que a parcela descumprida seja ínfima em comparação com o valor do bem ou do contrato; (vi) que deve ter havido esforço e diligência do devedor para adimplir integralmente; (v) que haja equilíbrio entre as prestações correspectivas, do credor e devedor; (vi) que existam outros remédios capazes de atender ao interesse do credor com efeitos menos gravosos ao devedor; e (vii) ponderação entre a utilidade da extinção da relação jurídica obrigacional e o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução⁵⁷⁵; (viii) que não se aplica aos contratos cujo regime têm previsão legislativa específica, como a alienação fiduciária do Decreto-lei n. 911, de 1.10.1969⁵⁷⁶; (ix) não se aplica obrigações de natureza alimentar (vínculos jurídicos familiares⁵⁷⁷).

2.4.3. Violação positiva do contrato

A. Surgimento da teoria, configuração da violação positiva e aplicabilidade

A teoria da violação positiva do contrato nasceu e se desenvolveu na Alemanha, tendo sido incorporada pela Reforma do Direito das Obrigações de 2001-2002.

Justificaram a teoria razões de ordem prática, “diante das lacunas do modelo binário de adimplemento-inadimplemento do *BGB*”⁵⁷⁸, que deixava à descoberto uma série de situações que não se enquadravam em nenhuma daquelas duas situações fáticas que delimitam o programa contratual.

Essas insuficiências foram percebidas pelo advogado Hermann Staub, que em 1904 publicou um texto tido como a inauguração da teoria da violação positiva do contrato.

As situações descritas pelo autor eram as que decorriam de um dano causado por uma atuação positiva do agente, ao fazer “o que devia omitir ou efetuando a conduta devida, mas em termos imperfeitos”⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ Pressupostos de (i) (vi) estabelecidos no Recurso Especial n. 1.236.960/RN, Quarta Turma, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 5.12.2019.

⁵⁷⁶ Exemplos: Recurso Especial n. 1.622.555/MG, Segunda Seção, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 13.3.2017; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.502.241/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 24.9.2019;

⁵⁷⁷ Exemplos: *Habeas Corpus* n. 439.973/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para o acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 4.9.2018; *Habeas Corpus* n. 536.544/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Moura Ribeiro, DJe de 26.6.2020.

⁵⁷⁸ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo...* p. 340.

⁵⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. v. 9, 3.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 410.

Aquelas hipóteses não se enquadravam nas consequências da anterior redação do § 286⁵⁸⁰ do BGB (consequências da mora) e, tampouco, do revogado § 280⁵⁸¹ do BGB, que tratava da impossibilidade imputável ao devedor. Tanto a mora como a impossibilidade imputável ao devedor se concretizavam com a inação do agente ou a partir de uma violação negativa: este responderia “pela não realização da prestação”⁵⁸².

A sugestão de Hermann Staub foi a aplicação analógica do regime da mora, no que fosse possível (§§ 276 e 326⁵⁸³), já que considerava fora de dúvidas o cabimento de indenização nos casos citados. A preocupação de Staub estava nos “outros efeitos do inadimplemento, como a possibilidade de recorrer a prestação (mal)efetuada e a possibilidade de resolver o contrato, efeitos que, aliás, a classificação do dano como extracontratual não oferece”⁵⁸⁴.

Importante assinalar que em momento algum recorreu Hermann Staub à cláusula geral da boa-fé prevista § 242 do BGB⁵⁸⁵. Essa observação se faz necessária porque a teoria é sempre associada como remédio derivado da boa-fé, ou aplicada a situações nas quais a boa-fé é chamada a atuar.

Jorge Cesa Ferreira da Silva consolidou os casos tratados por Hermann Staub em cinco grupos⁵⁸⁶: (i) mal cumprimento de deveres de prestação, gerando danos distintos dos causados pela mora ou impossibilidade; (ii) descumprimento de deveres laterais; (iii) recusa antecipada

⁵⁸⁰ “§ 286. *Indenização pelos danos da mora*. (1) O devedor tem de indenizar o credor pelo dano decorrente da mora. (2) Se a prestação, em consequência da mora, não tiver interesse para o credor, poderá este, com a recusa da prestação, exigir indenização de dano por inexecução. As disposições dos §§ 346 a 356, estabelecidas para o direito de resolução convencional, encontram análoga aplicação” (Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*...nota 21, p. 12).

⁵⁸¹ “§ 280: *Responsabilidade pela impossibilidade imputável* – (1) Sempre que a prestação de tornar impossível em consequência de uma circunstância pela qual tem de responder o devedor, terá o devedor de indenizar ao credor o dano causado pela inexecução. (2) No caso de impossibilidade parcial, pode o credor, sob recusa da parte da prestação ainda possível, exigir a indenização do dano por causa da inexecução de todo o compromisso, se a execução parcial nenhum interesse tiver para ele. As disposições dos §§ 346 e 356, estabelecidas para o direito da resolução convencional, encontram análoga aplicação” (Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*...nota 21, pp. 11/12).

⁵⁸² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*...v. 9, p. 409.

⁵⁸³ “§ 326. *Mora do devedor*. (1) Se uma das partes, em um contrato bilateral, estiver em mora quanto à sua prestação, poderá a outra fixar prazo razoável para a execução da prestação com a declaração de que, transcorrido este prazo, recusa a prestação. Transcorrido o prazo, está a parte autorizada a exigir indenização por não-cumprimento, ou resolver o contrato, se a prestação não tiver lugar no tempo devido; a pretensão à prestação está vedada. Se a prestação, até o transcurso do prazo, não for realizada parcialmente, encontrará a disposição do § 325, alínea I, frase 2, analogamente aplicação. (2) Caso o cumprimento do contrato em face da mora não interessar mais ao credor, caberá a ele os direitos fixados na alínea I, sem que seja necessária a estipulação de um prazo” (redação antes da Reforma) (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*... pp. 23-24).

⁵⁸⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*... p. 25.

⁵⁸⁵ Cf. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual*... p. 208.

⁵⁸⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*... pp. 224-225.

do devedor em cumprir a obrigação⁵⁸⁷; (iv) descumprimento de obrigações negativas e (v) não cumprimento de situações singulares em contratos de fornecimento sucessivo⁵⁸⁸. Eis alguns dos exemplos dados.

O primeiro exemplo é o do sócio que se responsabiliza pela entrega do balanço da sociedade, nos três primeiros meses do ano fiscal, peça que nortearia decisões da empresa, o que efetivamente acontece nos 14 dias após a entrega do balanço. Entretanto, o balanço fora elaborado negligentemente e não refletira a má situação da empresa, ocasionando prejuízos, quando um outro balanço, mais preciso, é entregue pelo mesmo sócio. Não há no caso mora ou impossibilidade da prestação, pois o balanço preciso foi entregue e, ainda, dentro do prazo inicial de três meses do ano fiscal. Contudo, a atuação negligente do sócio causou danos à empresa⁵⁸⁹.

O segundo exemplo é o do vendedor que envia ao comprador, antes do prazo contratado, maçãs bichadas, que infestam as maçãs sadias, causando prejuízo. Também aqui era possível ao vendedor o superveniente envio de maçãs sadias⁵⁹⁰.

Outros dois exemplos são de contratos de fornecimento - de cerveja por uma determinada cervejaria, para o proprietário de uma taberna e de carvão, durante o verão, para o proprietário de uma banheira pública – onde os produtos começam a ser fornecidos com baixa qualidade⁵⁹¹, causando prejuízos aos proprietários.

O artigo de Hermann Staub sofreu inúmeras críticas, tais como (i) quanto aos termos utilizados - “contratos” (quando os casos de inadimplemento poderiam advir de outras fontes obrigacionais) e “positiva” (adjetivando as “violações”, vez que há deveres laterais, como os de informação, que não ensejam violações positivas, mas sim violações negativas⁵⁹²); (ii) desnecessidade do novo conceito, pois os casos poderiam ser solucionados pela via delitual⁵⁹³; (iii) ausência de lacuna legislativa e (iv) falta de unidade conceitual. Em contrapartida, “oferece

⁵⁸⁷ Situação incluída por Hermann Staub na obra de 1904.

⁵⁸⁸ Os dois últimos grupos são lembrando pela doutrina como tendo sido elencados por Staub, cf. Jorge Cesa Ferreira da Silva (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 225). Renata C. Steiner afirma que todos os exemplos de Staub referiam-se a contratos de longa duração e execução continuada (cf. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual...* p. 205).

⁵⁸⁹ Exemplo extraído da obra de Jorge Cesa Ferreira da Silva (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* pp. 13-14).

⁵⁹⁰ Exemplo extraído da obra de Renata C. Steiner (STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual...* p. 204).

⁵⁹¹ Exemplos extraídos da obra de Jorge Cesa Ferreira da Silva (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* pp. 25/26).

⁵⁹² Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 16.

⁵⁹³ Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 20.

a doutrina alemã uma série de designações distintas para essas hipóteses de inadimplemento, como *Schlechterfüllung* (mal cumprimento), *Schlechtleistung* (adimplemento ruim) ou – a mais utilizada – *positive Forderungsverletzung* (violação positiva do crédito), o que causa perplexidade sobre ser ou não o instituto em comentário exatamente a hipótese de *violação positiva do contrato*⁵⁹⁴.

Procurando em parte responder às críticas, Hermann Staub publica o tema em monografia específica em 1904, com título mais simplificado: “As violações positivas do Contrato” (*Die positiven Vertragsverletzungen*).

Entretanto, dentre todos as desaprovações que Hermann Staub recebeu aos seus escritos, a de Heinrich Stoll (1932) teve fundamental importância no desenvolvimento da teoria da violação positiva do contrato, mesmo não tendo sido essa a intenção desse autor que, inclusive, intitulou seu escrito de “Adeus à doutrina da violação positiva do contrato” (*Abscheid von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*).

Heinrich Stoll identificou na relação obrigacional os *interesses de prestação* e os *interesses de proteção*, dirigindo-se estes à proteção das pessoas e de seus bens na relação obrigacional:

“Ao serviço do primeiro [interesses de prestação], resultam deveres do contrato, a interpretar e a complementar segundo a boa-fé, que tutela a obtenção efectiva do fim visado pela prestação. O segundo, por via, também, da boa-fé, assenta no seguinte: Havendo entre as partes, uma ligação obrigacional, gera-se com naturalidade, uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos; a boa-fé comina deveres de não-fazer”⁵⁹⁵.

A partir de Heinrich Stoll, a doutrina alemã evoluiu no campo dos *deveres de proteção*. Kreß teria diferenciado, pioneiramente, e de forma clara, os deveres de prestação (*Leistungspflichten*) e os chamados deveres de proteção (*Schutzspflichten*)⁵⁹⁶.

Claus-Wilhelm Canaris percebeu a necessidade de se conferir tratamento unitário aos deveres de proteção. Propôs, então, uma *teoria do dever unitário de proteção*:

(...): desde o início das negociações preliminares, constituir-se-ia, entre os intervenientes, um dever específico de proteção, derivado da situação de confiança suscitada e fundado, positivamente, na boa-fé; esse dever subsistiria, com essa mesma natureza legal, durante a vigência do contrato, podendo sobreviver-lhe, e estendendo-se, ainda, às hipóteses de nulidade contratual e de protecção de terceiros⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 16.

⁵⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil...*v. 9, p. 598.

⁵⁹⁶ Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 78.

⁵⁹⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil...* p. 635.

Assim, a teoria da violação positiva do contrato amadureceu na Alemanha ao lado da doutrina dos *deveres de proteção*.

B. Efeitos e problemas de sua admissão no Brasil. Crítica ao uso da *exceptio non adimpleti contractus* em face da violação positiva

No Brasil, os doutrinadores partidários da teoria da violação positiva do contrato pretendem afastar o sistema da responsabilidade civil que reconduz, sem dificuldades, a lesão a um dever lateral para o campo da responsabilidade extracontratual, sob o argumento de que mantendo-se o sistema da responsabilidade aquiliana, as opções do partícipe lesado seriam limitadas: ou manteria o contrato e ajuizaria ação reparatória a cada dano ou resolveria/resiliria o contrato e, como não haveria fundamento contratual, teria que arcar com as consequências como pagamento de indenização, do valor fixado em cláusula penal etc.⁵⁹⁸.

Assim, caso as situações sejam reconduzidas para o descumprimento contratual, abre-se a via para a resolução com as indenizações⁵⁹⁹, figurando como um remédio que tenha por suporte fático a violação de deveres laterais, estes com *status* independente dos deveres de prestação e força suficiente a fundamentarem uma terceira via de inadimplemento contratual, ao lado do inadimplemento absoluto e da mora.

Registrem-se dúvidas sobre a pertinência dessa solução. Quer parecer que a ideia de uma violação de deveres oriundos da boa-fé a autorizar resolução contratual é, como regra geral, uma solução muito drástica para um sistema jurídico como o brasileiro, ainda repleto de problemas institucionais para lidar. Como se verá mais adiante, ainda está pendente no Brasil a solução à “principiatria”, o culto exagerado dos princípios em um sistema que carece de vinculatividade de regras básicas. Além disso, tem-se o risco de associação da violação positiva do contrato às teorias da constitucionalização do Direito Civil⁶⁰⁰, o que parece ser favorecido justamente pela linguagem aberta e fluida dos princípios, lidos sob uma ótica “solidarista”, que pode acabar levando a essa conexão com os direitos fundamentais.

E quanto à aplicação da *enac* aos casos de violação de deveres laterais de conduta, *i.e.*, de violação positiva do contrato?

⁵⁹⁸ Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 87.

⁵⁹⁹ Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato...* p. 87.

⁶⁰⁰ Parece ser a sugestão de STEINER, Renata. *Descumprimento contratual: Boa-fé e violação positiva do contrato...* p. 238-239.

Os autores, tanto estudiosos da *enac*⁶⁰¹ quanto da violação positiva do contrato⁶⁰², têm admitido essa interação. Acredita-se, contudo, ser novamente uma solução temerária, especialmente se admitida como regra geral. Essa expansão do uso da *enac* pode parecer saudável em uma primeira leitura, porque serviria para reprimir o descumprimento daqueles deveres diversos dos deveres de prestação.

Mas é uma solução problemática, porque implicará na suspensão de prestação principal do contrato quando o outro contratante descumpriu deveres laterais. Para além das perturbações que isso pode gerar na própria dinâmica das partes, extrajudicialmente, quer parecer que a situação levará, em juízo, a um poder excessivo de apreciação *principiológica* para as mãos do juiz: este verificará a gravidade do descumprimento de um dever lateral, para ver se é tal que autorize a outra parte a suspender o contrato.

É duvidoso que haja, no Brasil, por enquanto, maturidade de critérios para essa apreciação como regra geral.

As soluções mais “conservadoras” para a violação positiva do contrato – ou seja, as soluções aquilianas, em geral repudiadas pela doutrina – realmente podem soar insuficientes em muitos casos, e talvez seja saudável uma reforma do sistema para tratar desses casos de violações que estão no limite da esfera contratual. Mas, por enquanto, parece que tanto a resolução por violação positiva quanto o uso do remédio da *enac* para violação de deveres laterais soa como uma forma de “contratualizar” situações que deveriam, no atual estágio do Direito Civil brasileiro, ser tratadas fora do direito dos contratos.

2.4.4. O inadimplemento antecipado do contrato

A. Configuração

O inadimplemento antecipado, ou inadimplemento anterior ao termo, ou quebra antecipada do contrato, é uma cláusula de aceleração que tem sido estudada há algumas décadas no Brasil⁶⁰³. O surgimento da figura do “*anticipatory breach of contract*” remonta à jurisprudência inglesa da segunda metade do século XIX, com o caso *Hochster v. De La Tour*⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido*. Indaiatuba: Foco, 2022.

⁶⁰² STEINER, Renata. *Descumprimento contratual: Boa-fé e violação positiva do contrato...* pp. 249 ss.

⁶⁰³ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo...* p. 192.

⁶⁰⁴ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo...* p. 192-193.

A figura se distinguiria da impossibilidade da prestação, que já encontra resposta em regras específicas e clássicas do Direito Civil, bem como de hipóteses como a exceção de insegurança (art. 477 do CC), da qual apenas se aproxima.

É que o inadimplemento antecipado corresponderia a um inadimplemento atual de determinados deveres contratuais; descumprimento este que frustraria a finalidade contratual e, com isso, seria apto a extinguir a relação. Nas palavras de Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso:

O inadimplemento antecipado, na sua essência, é um inadimplemento atual de deveres acessórios e laterais antes do termo de vencimento da prestação principal. A inutilidade da prestação para o credor pode ser considerada elemento do inadimplemento antecipado do contrato, na medida em que se assemelhe essa noção àquilo que denominamos perda da função social do contrato pela frustração da finalidade contratual. Já esta frustração da finalidade contratual, por sua vez, é consequência daquele inadimplemento de deveres acessórios e laterais. Ela não ocorre por si só⁶⁰⁵.

Segundo o autor, essa frustração da finalidade contratual, que é da essência do inadimplemento antecipado, pode ocorrer de duas formas: “pela perda da confiança no cumprimento da finalidade contratual ou pela prospectiva impossibilidade de cumprimento da prestação no seu termo de vencimento”⁶⁰⁶.

Registrem-se, contudo, algumas críticas a essa figura. Parece que a “frustração da confiança”, embora possa gerar consequências jurídicas, não deveria levar, ordinariamente, ao rompimento do contrato. Acredita-se haver aí mais um caso de interpretação doutrinária que pode saturar um ambiente negocial já não muito seguro, como o brasileiro, para o qual ainda pendem soluções mais rigorosas. Como já se disse anteriormente, há casos em que parece haver uma verdadeira *contratualização* de situações que poderiam/deveriam ser resolvida em outras esferas.

Por outro lado, quando a quebra antecipada se configurar naquela segunda forma explicada por Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso, ou seja, como “prospectiva impossibilidade de cumprimento da prestação” no termo de vencimento, não se vêem dificuldades para o cabimento da figura, a princípio. É que, nessa hipótese, a parte antevê, com

⁶⁰⁵ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 146.

⁶⁰⁶ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no Direito Civil brasileiro*... p. 147.

alta probabilidade, que a outra não cumprirá, sendo cabível, diante da probabilidade, que já se dê por desfeito o contrato.

Os Princípios UNIDROIT, que admitem o inadimplemento antecipado⁶⁰⁷ (Chapter 7, Section 3, article 7.3.3 – *anticipatory non-performance*⁶⁰⁸), oferecem a ilustração:

A promises to deliver oil to B by M/S Paul at the terminal in country X on 3 February. On 25 January M/S Paul is still 2,000 kilometres from the terminal. At the speed it is making it will not arrive on 3 February, but at the earliest on 8 February. As time is of the essence, a substantial delay is to be expected, and B may terminate the contract before 3 February.

Como se vê, trata-se de uma altíssima probabilidade de que “simplesmente” não seja cumprida a prestação, a entrega da mercadoria na data estipulada; e como o tempo é, nesse caso, essencial ao interesse da prestação e do contrato, sua frustração configura inadimplemento. A ilustração demonstra uma situação bem diferente da quebra de confiança analisada com base no descumprimento de deveres derivados da boa-fé.

B. Confronto com a exceptio non adimpleti contractus

Segundo Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso, diferenciando a *enac* do inadimplemento antecipado, aquela “pode ser cabível em situação de descumprimento de deveres acessórios e laterais, que não signifique, ainda, frustração da finalidade contratual”⁶⁰⁹, enquanto a quebra antecipada, como se viu, seria cabível para o inadimplemento atual desses deveres que configure “perda da confiança no cumprimento da finalidade contratual”.

Acredita-se que essa proposta demonstra tanto o problema do inadimplemento antecipado, quanto o recurso aos deveres laterais na aplicação da *enac* (ou seja, aplicação da *enac* aos casos de violação positiva do contrato). Seria preciso saber não apenas quando é que um dever lateral foi violado de forma grave, a autorizar tanto a *enac* quanto a resolução (o que é admitido pelos entusiastas da violação positiva do contrato), como quando é que tal violação configura perda da confiança no cumprimento da “finalidade contratual”. Parece que haveria assim três situações: (i) quebra de deveres laterais, sendo ainda possível salvar o contrato – cabimento da *enac*; (ii) quebra de deveres laterais que torna inútil a prestação para o credor, por

⁶⁰⁷ Cf. CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. Inadimplemento antecipado do contrato no Direito Civil brasileiro... p. 74.

⁶⁰⁸ “Article 7.3.3 (Anticipatory non-performance): Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract”.

⁶⁰⁹ Inadimplemento antecipado do contrato no Direito Civil brasileiro... p. 147.

frustração da finalidade do contrato, antes do termo de vencimento – cabimento do inadimplemento antecipado; (iii) quebra de deveres laterais grave de forma a autorizar a resolução por inadimplemento – violação positiva do contrato, cabendo também a *enac*, à opção do lesado.

Acredita-se que essa sorte de soluções baseadas em situações de tão complexa aferição ainda não deve ser admitida no sistema jurídico brasileiro. Diante dessa quantidade de soluções, parece mais razoável admitir uma aplicação analógica da exceção de insegurança⁶¹⁰: sempre que o cumprimento da prestação se tornar altamente duvidoso, poderá a parte interromper sua própria prestação. É a solução que se vê nos citados diplomas de uniformização do direito contratual (UNIDROIT, por exemplo).

3. A *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* COMO REMÉDIO PARA CRISES CONTRATUAIS

O art. 476, *sedes materiae* da *exceptio non adimpleti contractus* no ordenamento jurídico brasileiro, está formalmente localizado entre as situações de extinção do contrato. Mas, substancialmente, o instituto volta-se, como já se disse, à preservação do contrato, embora com uma série de deficiências concretas que, as mais das vezes, impedem esse objetivo de concretizar-se.

Observando os termos da lei e aquilo que se conhece do instituto, pode-se dizer que é um remédio de tipo autotutela relacionado ao incumprimento, mas já em uma linha “crescente” de preocupação com o equilíbrio econômico do contrato.

Mais precisamente, a *enac* medeia entre a solução típica do incumprimento, que é a resolução ou cumprimento forçado (art. 475) e a solução típica de correção do equilíbrio, que é a resolução por onerosidade excessiva ou manutenção do contrato com reequilíbrio das prestações (arts. 478-479). A exceção de contrato não cumprido não tem como requisito expresso o equilíbrio contratual ou sua manutenção. Este é um efeito natural do cumprimento contratual ao qual serve o instituto. Mas seu acionamento, sua efetivação, dependem do incumprimento.

⁶¹⁰ Cf., citando doutrina nesse sentido, CARDOSO, Luiz Philippe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no Direito Civil brasileiro...* p. 144-145.

Aqueles efeitos – relativos ao reequilíbrio – são, contudo, importantíssimos para a compreensão do instituto. O desequilíbrio pode não ser um requisito de incidência da norma, mas não o é, diga-se assim, explicitamente, porque implicitamente o sistema reconhece que, não cumprida determinada obrigação contratual, é natural que haja desequilíbrio.

Em outros termos, ao oferecer um remédio para corrigir o inadimplemento ou para escusar o próprio em eventual demanda, a *exceptio non adimpleti contractus* está no sistema *em prol do equilíbrio*. Pode-se dizer que é, sim, um remédio ao incumprimento, mas que tende a restabelecer o cumprimento e, assim, assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isso que no sistema do CC é um efeito até mesmo residual na prática – a “salvação do contrato”, no sistema do contrato administrativo é explícito como a função primordial do instituto.

Apenas que, pela disposição do Código Civil, o instituto acabou por ficar muito singelo e, talvez (como todo o sistema de resposta ao inadimplemento no CC) insuficiente e com poucas respostas aos efetivos problemas que se sucedem na vida de relação.

Como se dizia, a *enac* localiza-se, no Código Civil, no “crescendo” de formas de solução da crise contratual: entre aquelas ligadas ao fato do incumprimento culposo e aquelas que dizem respeito ao desequilíbrio das prestações. Essa localização, bem como os dados disponíveis na doutrina sobre a *enac*, ajudam a compreender sua estrutura e sua função. Trata-se de uma necessária interpretação sistemática que, na hipótese desta tese, auxilia fortemente na compreensão e na melhor efetivação desse remédio.

Desse quadro deriva uma série de questionamentos, dentre os quais se seleciona um, que integrará a próxima seção deste capítulo: o problema da boa-fé objetiva em face da *enac*. Mais precisamente, que influência o descumprimento de deveres derivados da boa-fé objetiva, como regras de conduta, pode exercer sobre o manejo desse remédio?

Pensa-se que a resposta deve ser restritiva. A boa-fé objetiva, como se verá mais adiante, exerce uma função de grande relevo no quadro do adimplemento/inadimplemento, mas seu uso acabou gerando abuso. Como a boa-fé objetiva é uma regra inafastável, impondo a observação de condutas ainda que não previstas pelas partes, e de modo que o descumprimento dessas condutas configure verdadeiro ilícito contratual, não se vê como necessário “acoplar” o descumprimento de deveres derivados exclusivamente da boa-fé ao instituto da exceção de contrato não cumprido. Se houver incumprimento de deveres de prestação (principais ou secundários) no contrato, é acionável o remédio da *enac*. Se a violação – alegada pela parte

para justificar o inadimplemento de sua própria prestação principal ou secundária – for exclusivamente de suposto dever derivado da boa-fé, acredita-se que essa situação deve ser resolvida fora dos quadros da *exceptio non adimpleti contractus*.

Já há formas de repressão à violação da boa-fé no sistema jurídico. Formas que, justamente, devem ser prestigiadas, para fortalecê-las. Afastar a aplicação da boa-fé em determinados institutos não significa negar a boa-fé, mas apenas afirmar que a repressão à conduta a ela contrária tem de respeitar limites.

Nem todos os institutos relacionados à correção da crise do contrato têm potencial para serem misturados à cláusula da boa-fé. Já há muitas e polêmicas discussões sobre a incidência da boa-fé no próprio binômio adimplemento/inadimplemento. Pense-se na violação positiva do contrato, que no Brasil é discutida precisamente em termos de boa-fé objetiva (ainda que, na origem do instituto, na Alemanha, não houvesse esse foco na boa-fé, como visto).

Se já existe toda uma reflexão sobre os efeitos da violação de deveres derivados da boa-fé (reflexão, portanto, mais genérica, que observa especialmente os arts. 389 e 475 do CC), acredita-se ser melhor adotar uma postura mais restritiva em face de um instituto como a *enac* que, nesse sentido, será fortalecido se se restringir aos casos de incumprimento dos deveres de prestação principais e secundários (não, portanto, de deveres exclusivamente derivados da cláusula da boa-fé), considerando ainda que pode o remédio ser exercido como defesa privada pelas partes (autodefesa). A *enac* como potencial autodefesa recomenda também essa restrição, pois não se poderá deixar ao alvedrio das partes o acionamento do remédio tão somente diante de não cumprimento de deveres derivados exclusivamente da boa-fé.

4. SOLIDARISMO CONTRATUAL, BOA-FÉ E *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*. PROPOSTA RESTRITIVA

4.1. Premissas

Como já se afirmou, a *enac*, como remédio de autotutela, é um instituto de dinamização das relações contratuais e de efetivação do cumprimento do contrato, mobilizando as partes para o adimplemento (o que justifica seu estudo no campo dos contratos administrativos, onde essa função é bem clara). Assim, é importante confrontar o instituto com

as cláusulas gerais e princípios que norteiam o moderno direito contratual, em especial no Brasil, como a boa-fé e a função social do contrato.

A funcionalização excessiva, se é um problema no Direito como um todo, tanto mais o é no Direito Privado e, neste, nas relações contratuais. Uma vez que o contrato assumiu, modernamente, a centralidade do tráfego jurídico, ocorreu que o intervencionismo logo chegou a ele e, com isso, também começaram as discussões sobre a crise do contrato. Nesse sentido, apareceram as clássicas obras de meados do século XX (Patrick Atiyah e Grant Gilmore, por exemplo⁶¹¹).

No Brasil, pode perceber-se essa crise, sendo corrente no país, há algumas décadas, a discussão sobre o papel dos princípios, excessivamente valorizados no Direito Privado. Uma recepção tardia de certas teorias (como a ponderação), associada ao advento da Constituição Federal de 1988 e de uma certa carência de teoria jurídica levou à sobrevalorização do que se passou a chamar de “tessitura aberta” e da centralidade do “caso concreto”.

No campo contratual, um peso exagerado dado a certos princípios, como boa-fé e função social, aplicados muitas vezes de forma pouco criteriosa, levou ao problema da banalização do próprio conteúdo pactuado.

Com efeito, houve uma profusão de escritos sobre o papel da boa-fé e da função social do contrato, estimulados pela linguagem do Código Civil de 2002 a esse respeito. Como o Código atual incorporou expressamente o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, era natural que houvesse muitas discussões a respeito de sua aplicabilidade. Mas hoje, observando o quadro, entende-se que a situação perdeu certo controle que a dogmática deve exercer, em sua função ordenadora e como Ciência do Direito que é. A boa-fé sofreu um certo abuso, e a função social também se tornou, em muitos casos, um elemento retórico.

Nos últimos anos, contudo, tem havido um movimento de crítica e fornecimento de critérios. Simbólica é a edição mais recente da conhecida obra de Judith Martins-Costa sobre a boa-fé⁶¹², oferecendo critérios para a aplicação do princípio.

⁶¹¹ Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo...* p. 113.

⁶¹² MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Por outro lado, a adesão às críticas contra os exageros e a má ancoragem histórica do discurso solidarista do contrato não importa adesão a certas teorias que têm procurado oferecer uma releitura do direito contratual, como a Análise Econômica do Direito⁶¹³.

Esta última não é, com efeito, uma abordagem seguida nesta tese, como já se disse anteriormente. É importante que isso seja reforçado porque, segundo se acredita, a crítica ao abuso de princípios no direito contratual não necessariamente impele o estudioso a aplicar esta ou aquela teoria social. A Teoria do Contrato, como conhecida hoje, é bastante antiga, e os princípios clássicos – especialmente o basilar *pacta sunt servanda* – são de formulação provectora. Embora a Análise Econômica do Direito possa oferecer ferramentas interessantes de leitura, ela não deve ser vista com “fatalismo”, como se fosse a única saída para a crise de excessos solidaristas do contrato.

4.2. Função, crise e revitalização do contrato

4.2.1. Errônea interpretação da autonomia privada

A autonomia privada⁶¹⁴ nunca foi o problema, ao contrário do que dito muitas vezes. Em um artigo clássico, San Tiago Dantas explica que sempre houve limites ao exercício da autonomia privada, não se podendo falar em império do individualismo:

Assim como nunca se concebeu o direito de propriedade como senhoria absoluta e ilimitada, afirmando-se, pelo contrário, limitações legais de ordem pública e privada aos poderes do proprietário, assim nunca se afirmou o princípio de autonomia da vontade como faculdade de contratar tudo que aprouvesse às partes, sem limites e censuras de ordem jurídica e moral⁶¹⁵.

No Brasil, tornou-se usual contrapor uma época de puro individualismo a um período posterior – que ainda se vive, em tese – de afirmação de uma lógica social, que incorpora aos institutos jurídicos sua dimensão coletiva, por assim dizer.

⁶¹³ Oferecendo essa ferramenta como contraposição à visão solidarista do contrato, TIMM, Luciano Beneti. *Direito contratual brasileiro: Críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶¹⁴ “Todos esses movimentos deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiará o termo *vontade* e colocará em evidência a partícula *privada*. (...). Entrementes, o que a concepção social da autonomia privada possibilita é a interação do Direito e, especificamente, do negócio jurídico, num ambiente pós-moderno, com novos paradigmas, em que até a outrora incontestável supremacia do Direito Público é passível de revisão, ainda que em ordenamentos mais estáveis como o italiano” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, pp. 113-130, jul./set. 2004, pp. 121-125).

⁶¹⁵ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Evolução contemporânea do direito contratual*. *Dirigismo - Imprevisão*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, ano 3, p. 261-276, jan./mar. 2016.

No contrato, isso corresponde à contraposição entre individualismo e solidarismo. O Código de 1916 seria um exemplo de individualismo, enquanto o Código Civil de 2002 representaria o triunfo do solidarismo, com suas cláusulas gerais e o muito comumente referido princípio da socialidade.

Pesquisas recentes têm oferecido um contraponto a essa visão específica. Otavio Luiz Rodrigues Jr., a partir da coleta dos escritos de diversos juristas estrangeiros da época da primeira codificação civil brasileira, mostra que o Código de 1916 não tinha a imagem de “código liberal” que se costuma apreçoar contemporaneamente⁶¹⁶.

4.2.2. Função social do contrato

A. A função social em breve visão histórica

Desde a Constituição de Weimar de 1919, popularizou-se a função social da propriedade, também favorecida pela Constituição mexicana de 1917. Na Constituição de Weimar, dizia-se que a propriedade impunha certos deveres ao titular do domínio. Era o começo legislativo-constitucional, por assim dizer, da história de sucesso da função social.

Com o aumento da centralidade do contrato na vida de relação, em lugar da anterior centralidade dos bens de raiz e da propriedade imobiliária⁶¹⁷, a função social logo passou a ser pensada no domínio contratual⁶¹⁸. Isso é o reflexo do movimento já mais antigo de transferência do poder político simbolizado pelo domínio da terra, como explica Fernando Campos Scaff, para a propriedade móvel, “vinculada à propriedade da moeda, dos metais preciosos e à titularidade de créditos passíveis de cessão”⁶¹⁹.

Com a distinção entre bens de produção e bens de consumo, a destinação dos bens passou a ser objeto de reflexão mais aprofundada, e a dogmática incorporou também a ideia de

⁶¹⁶ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Clóvis Beviláqua e o Código Civil de 1916 na visão de um estrangeiro: contradições com a imagem preponderante na historiografia nacional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 12. ano 4. pp. 35-61. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

⁶¹⁷ Cf. CAMPOS SCAFF, Fernando. Aspectos socioeconômicos e os compromissos da regularização fundiária rural. In: CAMPOS SCAFF, Fernando; KÜMPEL, Vitor Frederico; ÁVILA BORGARELLI, Bruno de (coord.). *Regularização Fundiária Rural*. São Paulo: YK, 2022, p. 19.

⁶¹⁸ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 823, p. 67-86, 2004.

⁶¹⁹ CAMPOS SCAFF, Fernando. Aspectos socioeconômicos e os compromissos da regularização fundiária rural... p. 19.

uma função “externa” aos bens⁶²⁰, associando-se àquele movimento, que remonta ao início do século XX, de reflexão sobre a função social dos institutos de Direito Privado, o que se deu por obra de autores como Karl Renner. A orientação marxista de Renner foi progressivamente esmorecida pelo tom social democrático de Cartas Políticas, como a de Weimar.

No Brasil, a função social da propriedade tem um percurso juspositivo interessante, tendo sido admitida pela Constituição de 1934, embora a expressão “função social” remonte à CF de 1967⁶²¹. Com a positivação da função social do contrato no Código Civil de 2002, houve entusiasmo com esse princípio.

B. Críticas à redação do art. 421 do CC

Desde que foi positivado no Código Civil de 2002, o princípio da função social do contrato tem sido amplamente debatido. A redação original do art. 421 era objeto de críticas, como as de Antonio Junqueira de Azevedo, para quem seria errônea a subordinação da liberdade contratual à função social com a expressão “em razão”. Afinal, ninguém contrata “em razão” de uma função social. Esta função pode ser efetiva pelo contrato, e geralmente é mesmo, porque o contrato, desde que assumiu a centralidade do tráfego jurídico, é um instituto socialmente relevante. Então o que se pode pensar é no sentido limitativo da função social, mas não em um exercício de posições jurídicas realizado “em razão” de certas funções. Além disso, que controle pode ser feito sobre essa vinculação exigida pela lei?

Como quer que seja, a abertura excessiva dessa cláusula e o possível uso abusivo do princípio estimularam críticas que levaram o artigo 421 a ser reformado pela Lei da Liberdade Econômica. Eis a redação atual:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Pode ser feita uma crítica a essa redação. O legislador, embora munido de boas intenções, combateu princípios com princípios. Para tentar afastar os excessos da principiologia solidarista, inseriu um “princípio da intervenção mínima”, no que pode ser visto como uma mera “troca de sinais”. Além disso, a revisão contratual sempre foi tida como excepcional no

⁶²⁰ CAMPOS SCAFF, Fernando. Aspectos socioeconômicos e os compromissos da regularização fundiária rural... p. 20.

⁶²¹ Ver o estudo de RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de "constitucionalização" do Direito Civil. In: VERA-CRUZ PINTO, Eduardo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo (org.). *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*: Volume 3 - Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 61-90.

sistema jurídico brasileiro. Se se considerar a realidade do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, percebe-se que a “função social” do contrato já não era aplicada conforme a literalidade do antigo art. 421.

4.3. A boa-fé

4.3.1. Recurso à boa-fé e vulgarização do princípio

Faz-se comumente uma expansão da boa-fé para sustentar teorias e soluções que, na sua origem, prescindem desse princípio, ainda que possam encontrar nele um suporte interessante. Tomando o exemplo da violação positiva do contrato, em sua origem com Hermann Staub na Alemanha, no começo do século XX, a teoria não se baseava na cláusula da boa-fé. Ela era muito mais uma resposta às insuficiências do Código Civil alemão a respeito do incumprimento. Com o desenvolvimento da teoria e sua posterior acomodação ao BGB com a reforma obrigacional de 2001-2002, as discussões doutrinárias sobre ela arrefeceram.

O que se nota muito comumente no Brasil é uma certa vulgarização desse princípio tão importante, que acaba sendo invocado excessivamente. Torna-se, com isso, uma espécie de “varinha de condão”⁶²², utilizada para resolver casos que dela prescindem, o que leva a um desgaste do princípio. No limite, esse abuso no uso pode retirar a vinculatividade das regras de conduta quando elas são realmente cabíveis.

Por outro lado, também se nota no Brasil uma leitura muito linear da boa-fé. Mas é preciso considerar que esse princípio, assim como o da função social (e como quaisquer outros expressos por meio de cláusulas gerais), não necessariamente requerem uma leitura solidarista. Sem dúvida, essa é a leitura que prevalece no Brasil, mas nada realmente diz que ela seja a única forma de encarar a boa-fé e a função social.

Luciano Benetti Timm, por exemplo, em uma obra de crítica ao “solidarismo jurídico” do direito contratual brasileiro⁶²³, postula uma interpretação das cláusulas gerais do Código Civil a partir de metodologias diferentes de análise, como a Análise Econômica do Direito e a teoria dos sistemas. O autor propõe uma leitura do contrato em seu “contexto institucional”,

⁶²² RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Boa-fé não pode ser uma varinha de condão nas lições de Jan Peter Schmidt. *Site Consultor Jurídico (Conjur)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-10/direito-comparado-boafefe-objetiva-nao-varinha-condao-licoes-jan-peter-schmidt>. Acesso: 20 dez. 2022.

⁶²³ *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

uma vez que, na esteira de Gunther Teubner, compreende a cláusula de boa-fé como uma “juridificação” da moral da interação, moral esta que envolve o ator “mercado”, ambiente por excelência das transações⁶²⁴.

Muito embora não se concorde com as propostas do autor, especialmente a metodologia da Análise Econômica do Direito (esta teoria social também tem seus muitos problemas), sua visão mostra que efetivamente é possível oferecer chaves de leitura diferentes para os princípios “contemporâneos” dos contratos. Essa mera possibilidade já mostra que, no trato da boa-fé, é preciso considerar alguns ônus argumentativos que têm sido deixados de lado, mas que devem ser objeto de reflexão.

Muitas vezes, de fato, nota-se a insistência em uma linguagem *welfarista* no recurso à boa-fé, o que talvez se justifique pelo momento de elaboração do atual Código Civil⁶²⁵; mas tal compreensão sofre suas perturbações no atual momento. Essa situação de uma dogmática civilista muito devotada a aspectos socioeconômicos e políticos (e muitas vezes pouco consciente de sua autonomia) também revela outra face da questão da boa-fé: sua associação à “constitucionalização” do Direito Civil.

4.3.2. Boa-fé e direitos fundamentais. Uma relação perigosa

Em segundo lugar, a boa-fé é muitas vezes utilizada como argumento de porta de entrada dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para os defensores dessa aplicabilidade, a eficácia direta ou mesmo a eficácia indireta dos direitos fundamentais entre particulares, cláusula gerais como a da boa-fé seriam essas “pontes” entre a Constituição e as relações privadas. Muito se tem discutido a esse respeito. Prefere-se seguir a posição restritiva de Otavio Luiz Rodrigues Jr., para quem as cláusulas gerais não podem ser vistas com essa função de ingresso dos direitos fundamentais, uma vez que isso enfraqueceria a autonomia do Direito Privado.

4.3.3. Boa-fé e o excesso de contratualização. Em prol da preservação da importância da boa-fé

Além disso, é sempre bom lembrar, que a boa-fé é um princípio milenar, motor do desenvolvimento dos pactos no Direito Romano clássico. Sempre cumpriu um papel de “bitola

⁶²⁴ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro...* p. 169.

⁶²⁵ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro...* p. 132.

interpretativa”, permitindo que as circunstâncias concretas fossem apreciadas na observação da relação jurídica.

Isso não significa que a boa-fé possa ser utilizada para transcender aquilo que a legislação impõe e que é conhecido pelas partes no ambiente negocial.

Percebe-se, por exemplo, que no Brasil tem sido usual utilizar a boa-fé para *contratualizar* determinadas situações que seriam resolvidas apenas na esfera extracontratual. Assim, certos danos são enquadrados como danos contratuais, submetidos ao regime sabidamente diferenciado de prova e reparação, “fugindo-se” das dificuldades do campo aquiliano.

A boa-fé, para ter sua utilidade preservada, deve ser pensada dentro do sistema e da lógica do Direito Privado, de forma comedida, com critérios bem definidos de aplicação.

Essas premissas, críticas a ausência de parâmetros mais precisos quanto à utilização no Brasil da principiologia contratual - como a boa-fé e função social do contrato -, bem como considerando a forma de exercício da *exceptio non adimpleti contractus* como autotutela privada é que se propõe sua interpretação restritiva, quando descumpridos deveres de prestação (primários e secundários), afastando-a, a princípio, dos deveres laterais.

CAPÍTULO 5: EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. PROPOSTA DE DIÁLOGO ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Essa tese estuda a *exceptio non adimpleti contractus* como apresentada pela doutrina civilista. Mas o remédio também é previsto para os contratos administrativos, campo em que incide com algumas particularidades às quais cumpre fazer menção, não só para fins de comparação, mas também de reforço dos aspectos ressaltados e das posições assumidas nesse trabalho.

Sempre foi intenso o debate na doutrina administrativista sobre a natureza jurídica dos contratos administrativos, sustentando parcela mais tradicional que não poderiam ser considerados espécies do gênero “contrato”, apesar de espelharem as relações privadas e apresentarem objetos tão variados quanto, como o fornecimento de bens, a prestação de serviços (públicos), a execução de obras, a alienação de bens (públicos), a outorga de direitos privativos de uso (de bens públicos), a locação⁶²⁶ (de bens públicos), dentre outros.

A polêmica sobre a qualificação como “contrato” de uma relação estabelecida entre um particular e a Administração Pública a respeito de determinado objeto era fomentada, sobretudo, em razão: da presença de cláusulas exorbitantes nos instrumentos que formalizavam aquele vínculo; da ausência de autonomia de vontade do particular, que deveria se submeter a procedimento licitatório prévio; e do regime jurídico administrativo que deveria imperar naquele liame.

⁶²⁶ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107, pp. 74-82, dez. 2009, p. 75.

Mas aquela discussão foi superada no Brasil nos anos de 1960⁶²⁷, como noticia Floriano de Azevedo Marques Neto⁶²⁸, consolidando-se o entendimento de que contratos administrativos são espécies do gênero “contrato”, instituto da Teoria Geral do Direito, subespécies de contratos bilaterais, embora apresentem características especiais de assimetria da participação do ente público⁶²⁹.

A pacificação daquele embate foi, contudo, parcial, não se mostrando suficiente a que doutrina e jurisprudência brasileiras dispensassem o entendimento de que a contratualização na Administração Pública deveria sempre se orientar pelo “mantra da supremacia do interesse público” e pela “maldição do regime jurídico único”⁶³⁰. Essa inclinação desqualificava o contrato administrativo como fonte de obrigações e a intelecção então dominante para as relações público-privado era de que o contratado deveria se submeter a todas as obrigações contratuais, pena de ser unilateralmente sancionado pelo contratante público, enquanto este deveria cumprir “o pactuado se e quando o interesse público (por ela revelado, também unilateralmente) permitir”⁶³¹.

A realidade e a necessidade de se modernizarem as relações jurídicas estatais vêm, contudo, impondo à Administração Pública brasileira uma nova concepção de contratualidade, que se pode resumir (i) na maior delegação para o contrato da normatização concreta de cada

⁶²⁷ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello inventaria as antigas posições doutrinárias e afirma, em 1967, que perante o ordenamento jurídico brasileiro, que os contratos entre a Administração Pública e os particulares são equiparáveis aos contratos de direito privado, embora possam se reger por normas especiais previstas em lei, regulamento, edital: “Portanto, impõe-se a conclusão: inexistente o contrato de direito público, ou o contrato administrativo, com regime jurídico diferente do contrato de direito privado, ou de direito civil, quanto aos elementos que especificam a sua natureza. Conseqüentemente, as cláusulas contratuais entre a Administração pública e os particulares não podem ser alternadas livremente por a uma das partes, salvo texto legal anterior que assim disponha como peculiar ao tipo do contrato, e nos seus estritos termos legais, ou acôrdo de vontades, previsto no próprio contrato, ou em documento preliminar e ao qual as partes aderiram. Os contratos entre a Administração pública e os particulares são equiparáveis aos contratos de direito privado. Correspondem aos contratos pertinentes à equação econômico-financeira das concessões de obras ou de serviços públicos, complementares a êsses atos administrativos, ou, aos considerados pelo Código Civil, embora possam se reger, ademais por regras jurídicas especiais, complementares previstas por lei ou regulamento ou por cláusulas dispostas pela Administração pública, no edital ou ofício de convocação dos interessados, em desenvolvimento aos textos legais e regulamentares, aos quais a outra parte adere, e passam a ser objeto do acôrdo de vontades” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Contrato de direito público ou administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 88, pp. 15–33, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967, pp. 32-33).

⁶²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107, pp. 74-82, dez. 2009.

⁶²⁹ “Para a formação desse vínculo, seria necessário o atendimento de determinados requisitos (dotação orçamentária autorização específica, licitação pública), limitadores da margem de liberdade da Administração para contratar. Na execução desse contrato, haveria uma posição de supremacia da Administração, caracterizada pelas chamadas cláusulas exorbitantes (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 692), predadoras da prerrogativa para unilateralmente alterar, rescindir, intervir, fiscalizar e punir o particular” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual... p. 75).

⁶³⁰ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual... p. 77.

⁶³¹ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual... p. 77.

negócio jurídico; (ii) maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais; (iii) multiplicação de contratos atípicos, de contratos de cooperação, com objetos mais variados; (iv) cláusulas contratuais que estabeleçam metas de desempenho, maior alocação de risco para o particular, com remuneração variável, que considere as metas e o ganho de eficiência do Poder Público; (v) flexibilização do regime do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, limitando as situações de aplicação da teoria da imprevisão⁶³².

O duelo não é fácil no Brasil, onde o princípio da legalidade ainda se impõe em relação ao comportamento e à atuação estatais⁶³³, que estão inscritos em normas legais que, quase que exaustivamente, formatam a ação do ente público, ao contrário do agente privado, que tem como um dos postulados a autonomia privada⁶³⁴.

Toda essa introdução é, pois, para justificar que na feição mais contemporânea que a contratualística administrativa vem adquirindo, não será inútil a sugestão que se faz, de fortalecimento do diálogo entre o Direito Civil e o Direito Administrativo.

Em especial, e para os limites desse trabalho, a proposta poderá auxiliar na melhor compreensão da aplicação prática da *exceptio non adimpleti contractus*, encorajando entendimentos que convirjam com a interpretação restritiva do instituto esposada nessa tese. Se entende que, no Direito Administrativo, a figura gozou de um tratamento legislativo mais consistente.

Existe também uma fundamentação legal que justifica a presente recomendação. O art. 89 da Lei n. 14.133, de 1.4.2021⁶³⁵ (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) determina que a teoria geral dos contratos e o regime jurídico privado incidam supletivamente nos contratos administrativos.

⁶³² Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual... p. 80.

⁶³³ “O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17.ed., rev. atual.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95).

⁶³⁴ “Observe-se, ainda, que a autonomia privada preserva em seu conteúdo positivo a possibilidade de se realizarem deslocamentos patrimoniais mediante negócios jurídicos e, em seu conteúdo negativo, uma cláusula geral de que os bens particulares somente podem ser dispostos por sua vontade” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, pp. 113-130, jul./set. 2004, p. 125).

⁶³⁵ “Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Assim, se expressamente a lei reconhece que princípios e institutos do Direito Civil o transcendam para servirem ao Direito Administrativo⁶³⁶ (em especial, o contrato administrativo), é porque existe uma zona comum aos dois ramos do Direito⁶³⁷, justificando que a interação não seja uma via de mão única.

Por outro lado, quanto à *exceptio non adimpleti contractus*, não há indicativos doutrinários no sentido de que o instituto do Direito Administrativo é diferente de seu congêneres no Direito Civil, mesmo que se submeta a princípios e regras peculiares e particulares de cada qual.

Por fim, além de não haver nada de heterodoxo nessa sugestão de interação, não se pode argumentar que esse diálogo, que se pretende construtivo entre o público e o privado, esmorecerá a necessidade da permanente reafirmação da distinção dogmática e sistêmica do Direito Civil, que deve constantemente delimitar suas metodologias, princípios, finalidades e objetos para não perder a capacidade de regular com eficácia as relações jurídicas privadas⁶³⁸.

2. REAÇÃO AO ABUSO DO USO DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O início de diálogo entre o Direito Civil e o Direito Administrativo para compreensão da *exceptio non adimpli contractus*, tal como sugerido por essa tese, justifica-se também por um incômodo comum que se procurou pontuar: o abuso no uso dos princípios.

Como visto no tópico anterior, os administrativistas contemporâneos se ressentem com a rigidez do Direito Administrativo, que resiste em flexibilizar a aplicação de princípios e regras que lhe conformam e, assim, não impedem que se potencializem suas ferramentas em prol da sociedade. Esse fenômeno é por muitos considerado abusivo.

⁶³⁶ Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, em artigo sobre a influência dos sistemas de base romanística e da *common law* sobre o Direito Administrativo brasileiro, diz ser esse ramo fruto do sincretismo de sistemas, bem como da mescla de diversos institutos e soluções dados por países ocidentais aos problemas comuns (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015, pp. 74-78).

⁶³⁷ Exemplo dessa interface entre o Direito privado e o Direito administrativo é a sugerida por Otavio Luiz Rodrigues Jr., que propõe um modelo de revisão contratual por etapas, afirmando a possibilidade de sua adaptação para o Direito Administrativo (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Um “Modelo de Revisão Contratual por Etapas” e a Jurisprudência Contemporânea do Superior Tribunal de Justiça. *In*: ANCONA LOPES, Teresa; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 510).

⁶³⁸ Direito Civil Contemporâneo... pp. 592-593.

A mesma crítica é feita nesse trabalho a respeito do uso indiscriminado de princípios e regras do Direito Civil, tais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, que se faz inclusive afastando a incidência de normas concretas em prol de uma visão solidarista e constitucionalizada de relações privadas. A obtenção de soluções *ad hoc* debilitam a capacidade do Direito Civil de ser instrumento profícuo na solução e composição de conflitos intersubjetivos privados que, na grande maioria das vezes, são extremamente complexos⁶³⁹. Daí a recomendação de uma interpretação mais restritiva da *enac* aos deveres de prestação, considerando tratar-se de autodefesa privada.

O movimento doutrinário de crítica ao uso abusivo dos princípios em um e outro ramo do Direito produziu iniciativas legislativas louváveis. No campo do Direito Privado, a mais importante é a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874, de 20.9.2019) que, embora padeça de má técnica legislativa, teve por objetivo fortalecer princípios basilares, dentre outros, a autonomia privada e o *pacta sunt servanda*⁶⁴⁰.

No campo do Direito Público, tem-se a Lei n. 13.655, de 25.4.2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública), que alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁶⁴¹ inserindo o art. 20, que a veda o uso de valores jurídicos abstratos em decisões da esfera administrativa, controladora e judicial sem que se considerem as “consequências práticas da decisão”:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

⁶³⁹ Fenômeno muito bem observado e combatido por Otavio Luiz Rodrigues Jr.: “Conceitos fluídos, argumentos cambiantes e a crescente moralização do Direito impedem o repasse crítico do que são e para que servem os elementos teóricos a eles associados. A função do Direito, que é a de resolver conflitos, é esvaziada por força da hipercomplexidade de soluções que não precisariam mobilizar a Constituição e os direitos fundamentais. Misturam-se casos fáceis e casos difíceis em uma mesma tábua, que demanda cada vez mais o recurso ao texto constitucional, ainda que não se saiba ao certo (ou não haja consenso sobre) o que seja a Constituição” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo...* p. 593).

⁶⁴⁰ “De sua primeira leitura, pode-se notar no art. 1º, §2º, um enunciado mais incisivo e explícito do critério de hermenêutica segundo a qual as normas proibitivas devem ser lidas restritivamente. Isso não quer dizer que a positivação da regra seja desnecessária. Muito pelo contrário. Ideias intervencionistas, que ainda insistem em enxergar no Estado capacidades muito maiores que aquela que os fatos demonstram, influenciam os aplicadores do direito a inverter a lógica própria de uma sociedade aberta, segundo a qual é permitido o que não é proibido. O agente estatal, talvez projetando sobre os entes privados o regime hierárquico e rígido a que se submete no exercício de suas funções públicas, é frequentemente incapaz de enxergar a legalidade de algo que não esteja expressamente permitido em algum ato normativo” (ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. *Hermenêutica pro libertatem*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book Kindle*, p. 927.

⁶⁴¹ Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A regra introduz o chamado “consequencialismo”⁶⁴², intencionando limitar o uso excedido de princípios de caráter publicista, como o da “supremacia do interesse público”, da “dignidade da pessoa humana” ou do “princípio da licitação”⁶⁴³. Esses conceitos justificam “a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder das instituições”⁶⁴⁴. Em outras palavras, se busca com a Lei n. 13.655, de 25.4.2018 substituir “valores” abstratos em prol da segurança jurídica e da observância de regras vinculativas presentes no ordenamento jurídico.

Um dos responsáveis por esse movimento que culminou no processo legislativo e originou a referida mudança foi Floriano de Azevedo Marques Neto. Este autor, comentando o art. 20 da LINDB - no tradicional *Código Civil Interpretado* organizado por Costa Machado e coordenado por Silmara Juny de Abreu Chinellato –, explica a razão de ser da norma e seu entendimento, afirmando que “a iniciativa teve em vista a profunda mudança porque passou a interpretação do Direito, em geral, e o direito público, em particular”⁶⁴⁵. Ainda em suas palavras, as mudanças da LINDB visaram a reforçar a segurança jurídica “em um quadro de incerteza e de mudança permanente”⁶⁴⁶.

Embora a tomada de decisão “consequencialista” não seja uma determinação nova no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que essa *possibilidade* é prevista ao Supremo Tribunal Federal na “modulação dos efeitos” de decisões em ações diretas de inconstitucionalidade (art. 27, da Lei n. 9.868, de 10.11.1999⁶⁴⁷) e em arguições de descumprimento de preceitos

⁶⁴² “Por *consequencialista* entendemos a postura que tenha na análise de consequências materiais e institucionais (intrapoderes) um momento de apreensão da realidade e de calibragem da decisão judicial” (ABBOUD, Georges. Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 1023, pp. 249-279, abr. 2022).

⁶⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Comentários ao art. 20 da LINDB. In: COSTA MACHADO (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil Interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 13.ed. Barueri: Manole, 2020. p. 38.

⁶⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Comentários ao art. 20 da LINDB... p. 38.

⁶⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Comentários ao art. 20 da LINDB... p. 35.

⁶⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Comentários ao art. 20 da LINDB... p. 37.

⁶⁴⁷ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

fundamentais (art. 11, da Lei n. 9.882, de 3.12.1999⁶⁴⁸), como bem esclarece Geoges Abboud⁶⁴⁹, a Lei da Segurança para a Inovação Pública teve o mérito de explicitar o fenômeno para as decisões administrativas e para os órgãos de controle (como Tribunais de Contas), além de ter uma redação mais incisiva - “não se decidirá com base em valores jurídicos” – em relação à redação dos citados dispositivos, que utilizam o verbo “poder” no futuro do presente (“poderá”).

3. A *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1. A nova Lei de Licitações e Contratos: o “direito” do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Não raras vezes, os institutos civilistas aproveitados por outras áreas da Ciência do Direito nelas apresentam um desenvolvimento mais coerente ou menos lacunoso. Entende-se ser esse o caso da *enac*.

Buscou-se demonstrar, no decorrer deste trabalho, que o Código Civil brasileiro tem uma linguagem muito aberta quanto aos requisitos de incidência daquele instituto, não ressaltando suas principais características, especialmente sua natureza jurídica de autotutela, posta à disposição das partes para reequilibrarem o sinalagma contratual, com a função precípua de manter e reconduzir o contrato para o adimplemento programado.

Também procurou-se defender que a natureza de autotutela da *enac* impõe uma interpretação restritiva de seu uso, limitando-a aos deveres de prestação (primários e secundários), que são aqueles direta e imediatamente contratados pelas partes. Essa interpretação evita sua utilização abusiva ou indiscriminada, que conduziria ao enfraquecimento da figura.

Todas essas características do instituto são reforçadas examinando-se seu comportamento no Direito Administrativo, notadamente nos contratos administrativos, onde

⁶⁴⁸ “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁶⁴⁹ ABOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul./dez. 2021, p. 375.

consta do art. 137, §3º, II, da Lei n. 14.133, 1.4.2021⁶⁵⁰ (Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁶⁵¹), embora a legislação não faça menção ao *nomen iuris*, o fazendo a doutrina que, em geral, remete a definição para o Direito Privado:

A exceção do contrato não cumprido é princípio geral do Direito previsto no art. 476 do Código Civil (CC) brasileiro. Por razões éticas e de vedação ao enriquecimento sem causa, em contratos bilaterais, sinalagmáticos, aquele que não cumpre sua parte na obrigação avençada não pode exigir da parte contrária o atendimento de obrigações contrapostas⁶⁵².

Como já pincelado, a conformação originária rígida do contrato administrativo vem sofrendo transformações ao longo dos tempos, com a “consagração da consensualidade⁶⁵³”, embora em movimentos fragmentados, também impulsionadas pela evolução que se impõe nas relações Estado-particular.

⁶⁵⁰ “Art. 137 (...).

§2º. O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

(...)

II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;
III - repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevisas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;
IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;
(...)

§3º. As hipóteses de extinção a que se referem os incisos II, III e IV do §2º deste artigo observarão as seguintes disposições:

I - não serão admitidas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;

II - assegurarão ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na forma da alínea “d” do inciso II do *caput* do art. 124 desta Lei”.

⁶⁵¹ Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa e os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública (cf. art. 1º, da Lei n. 14.133, de 1.4.2021).

⁶⁵² BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F.. Exceção do contrato não cumprido como cláusula não obrigatória dos contratos administrativos. Estudo de caso: contrato de arrendamento portuário. In: *Direito da Regulação Econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Forum, 2020, pp. 18-40, p. 23. A respeito da *exceptio non adimpleti contractus* nas empresas estatais: “Numa relação contratual, o que acontece se uma das partes não cumprir a obrigação contratualmente assumida? A outra está liberada do cumprimento da respectiva contraprestação. É o que dispõe o art. 476 do Código Civil (“nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”). E se a parte inadimplente for a administração pública? Sendo uma empresa estatal, a regra é a mesma” (MONTEIRO, Vera. Exceção do contrato não cumprido em concessão. *Jota*. 1º mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/excecao-nao-cumprimento-concessao-01032022>. Acesso: 20 dez. 2022).

⁶⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS NETO, Rafael. A lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Revista Consultor Jurídico*, 11 mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>. Acesso: 22 dez. 2022.

A doutrina tem, dessa forma, chamado a atenção para os perigos da exacerbação de princípios publicistas, como os da supremacia do interesse público sobre o privado, das cláusulas exorbitantes, do regime jurídico administrativo⁶⁵⁴ (que não necessariamente deve ser único⁶⁵⁵) os quais, ao invés de desenvolverem o Estado e o bem-estar social, podem ser instrumentos do autoritarismo, desvirtuando mecanismos que devem ser aplicados com prudência, na clássica lição de Eros Roberto Grau⁶⁵⁶.

Apesar da formação dos vínculos nos contratos administrativos ocorrer de forma diferenciada dos vínculos nos contratos privados, bem como sua execução, justamente em razão daqueles princípios, não se pode negar que exista bilateralidade e sinalgmaticidade naqueles contratos, nos termos propostos nesse trabalho.

A Administração troca as “cláusulas econômicas da avença sempre equilibradas” e a “imposição unilateral das condições contratuais” com o contratado, que lhe fornece (dentre outros deveres) a “execução do objeto conforme contratado” (prestação de serviços, execução de obras, prestação de serviço público etc.):

Para a formação desse vínculo, seria necessário o atendimento de determinados requisitos (dotação orçamentária autorização específica, licitação pública), limitadores da margem de liberdade da Administração para contratar. Na execução desse contrato, haveria uma posição de supremacia da Administração, caracterizada pelas chamadas cláusulas exorbitantes (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1997, p. 692), predadoras da prerrogativa para unilateralmente alterar, rescindir, intervir, fiscalizar e punir o particular. De outro lado, haveria, em favor do particular, uma reserva quanto às chamadas cláusulas econômicas da avença (preço, condições de pagamento, preservação da equivalência monetária, balanço entre obrigações e remuneração, etc.), de tal sorte que estas seriam não apenas vinculantes para a Administração, mas também incólumes diante das alterações ditadas pelo Poder Público ou mesmo daquelas decorrentes de fatores imprevistos (TÁCITO, 1971)⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ “Em suma, a figura jurídica designada por contrato administrativo esforça-se na seguinte dualidade: de um lado, o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que estes entendem com sua execução e persistência. De outro lado, cabe ao particular integral garantia aos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo, consoante os termos ali constituídos. Por isso está protegido às completas, assim na parte econômica que nas cláusulas porventura não interferentes com o interesse público a ser satisfeito por meio da avença travada entre ele e a Administração” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...* pp. 576-577).

⁶⁵⁵ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual... p. 77.

⁶⁵⁶ “Tenho sustentado, reiteradamente, em outros textos que a interpretação é uma *prudência* – o *saber prático*, a *phronesis*, a que refere Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*. O homem prudente – diz o estagarista – é *aquele que é capaz de deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para si próprio, mas não sob um aspecto particular (como, por exemplo, aquelas coisas que são boas para a saúde e o vigor), porém de um modo geral, (considerando) aquelas coisas que conduzem à vida boa em geral* (VI, 5 1.140 a, 25)” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9.ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 2014, pp 40-41).

⁶⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual... pp. 75/76.

Assim, em relação ao administrado, os administrativistas sustentam existir *direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo*⁶⁵⁸. Esse direito pode ser preservado por duas formas (nos termos da Lei n. 14.133/2021) ou melhor, existem dois remédios contra o desequilíbrio do sinalagma administrativo (que aqui são distinguidos não em razão de seu suporte fático, mas pela necessidade ou não de autorização judicial para sua defesa).

O primeiro remédio, que interessa, é o exercício da *exceptio non adimplerti contractus* nas hipóteses legal e contratualmente definidas. Não é preciso autorização judicial.

O segundo remédio é a ação judicial (gênero) que se manifesta por suas variadas espécies. Ou seja, trata-se do tradicional recurso ao Poder Judiciário para o reequilíbrio do contrato administrativo, onde o contratado poderá ser autorizado a suspender a execução da avença, bem como requerer o reequilíbrio de sua equação econômico-financeira.

3.2. A *enac* como remédio ao desequilíbrio do sinalagma do contrato administrativo

A *exceptio non adimpleti contractus* no Direito Administrativo foi prevista, pela primeira vez, no art. 78, XV, da Lei n. 8.666, de 21.6.1993⁶⁵⁹ (anterior norma geral para licitação e contratos administrativos).

O dispositivo prescrevia que o contratado poderia rescindir com a Administração Pública caso essa atrasasse os pagamentos pactuados por mais de 90 (noventa) dias. Entretanto, lhe oferecia a *opção* de não rescindir o contrato, mas *suspender* o cumprimento de suas

⁶⁵⁸ “Em primeiro plano, e em concordância com a literatura da área, é preciso desmistificar o equilíbrio econômico-financeiro. Vale abandonar, especialmente, a pretensão de obter uma definição unívoca e universal sobre o que vem a ser essa categoria. Não é viável que uma mesma leitura do conceito de equilíbrio econômico-financeiro valha para todo e qualquer contrato – e nem parece ser essa a intenção da lei. O fato de haver referência expressa à categoria, como de fato há, não significa que a legislação se comprometa com uma determinada interpretação sobre o seu conteúdo. Na realidade, a ideia de equilíbrio econômico-financeiro pode assumir a natureza de conceito jurídico indeterminado, a demandar uma atribuição dinâmica de sentido, variável segundo as características gerais de cada contrato. De fato, não parece verossímil que uma formulação abstrata, apriorística, seja capaz de definir o ponto de equilíbrio para um contrato de 35 (trinta e cinco) anos – para além das contingências da vida, e do próprio objeto contratual” (BAPTISTA, Patrícia. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos na Lei 14.133/2021: entre continuidades e novidades. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. v. 22, pp. 127-140, jul./set. 2022).

⁶⁵⁹ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

obrigações até que a contraprestação administrativa se normalizasse, reestabelecendo-se o fluxo contratual (prestação e contraprestação).

Em linhas gerais, tratava-se da mesma dinâmica da *enac* prevista no art. 476 do Código Civil, apesar de administrativistas mais tradicionais resistirem em admitir o fato⁶⁶⁰:

No direito administrativo, a particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer à prestação de serviços públicos resistirem a admitir o remédio, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo⁶⁶¹.

Essa determinação foi, contudo, abrandada pela jurisprudência, inclusive do Tribunal de Contas da União, que é órgão de controle que, sob a égide da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, admite e justifica a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* nas situações e limites ali previstos na lei, a favor do contratado prejudicado:

No tocante aos atrasos de pagamentos, há de se considerar que, nos contratos onerosos regidos pelo direito privado é permitido a qualquer dos contratantes suspender a execução de sua parte no contrato enquanto o outro não adimplir a sua própria. A isso se dá o nome de exceção do contrato não cumprido.

A doutrina tradicional defendia a inoponibilidade dessa exceção contra a Administração, ou seja, não seria lícito ao particular interromper a execução da obra, mesmo que não recebesse os pagamentos devidos. A ele restava apenas a indenização pelos prejuízos suportados e a rescisão judicial do contrato por culpa da Administração. Invocava-se, para embasar essa prerrogativa, o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Essa posição extremamente rigorosa em prejuízo do particular restou prejudicada com a edição da Lei 8.666/1993, que passou a possibilitar a aplicação da exceção do contrato não cumprido pelo particular em algumas situações⁶⁶².

⁶⁶⁰ “Tradicionalmente, a doutrina costumava repetir, de forma acrítica, que a exceção do contrato não cumprido seria inaplicável aos contratos administrativos, por se tratar de uma regra geral implícita do ordenamento jurídico. Mais especificamente, sustentava-se – tal como o fez a CODESP no caso em análise – que o particular não poderia opor à Administração Pública contratante a exceção positivada no art. 476 do CC/2002 (antigo art. 1.092 do Código de 1916). A lógica que orientava esse entendimento era a de que o particular que celebrou contrato administrativo deveria entender que o descumprimento contratual pelo ente público só poderia ser remediado por decisão judicial ou por solução dada pela própria Administração Pública em processo administrativo instaurado para esse específico fim” (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F.. Exceção do contrato não cumprido como cláusula não obrigatória dos contratos administrativos... p. 22).

⁶⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17.ed., atual., São Paulo: Atlas, 2004, p. 262.

⁶⁶² Tribunal de Contas da União, Relatório de Auditoria n. 016.182/2017-0, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, Plenário, Acórdão n. 3240/2020, DJe de Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, jul. Em 2.12.2020.

A mesma figura que contava no art. 78, XV, da Lei n. 8.666/1993 é prevista, hoje, no art. 137, §3º, II, da Lei nº 14.133, 1.4.2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁶⁶³), que substituiu a primeira⁶⁶⁴. A ausência de identificação do *nomen iuris* também continua.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos permite que a *enac* seja exercida diante das seguintes hipóteses de descumprimento de dever de prestação primário pela Administração Pública, sem necessidade de autorização judicial: caso o ente público suspenda, por ordem escrita, a execução do contrato por prazo superior a 3 (três) meses; ou suspenda repetidamente o contrato até que se totalize 90 (noventa) dias úteis; ou atrase os pagamentos conforme contratados, totais ou parciais, por prazo superior a 2 (dois) meses, contados da emissão da respectiva nota fiscal.

Existindo descumprimento do contrato pela Administração Pública fora das hipóteses acima, certamente poderá o contratado suspender a execução do contrato administrativo. Mas, precisará de autorização judicial.

A Lei nº 13.144/2021 foi elaborada pela Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, instituída pelo Ato do Senado Federal n. 19, de 3.6.2013, com o objetivo de atualizar e modernizar a anterior Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666, de 21.6.1993).

Na Câmara dos Deputados, o PSL 557/2013 tramitou como PL 6.814/2017, tendo sido remetido à sanção presidencial em 12.3.2021, publicando-se a Lei n. 14.133 em 1.4.2021, com vetos que, para o presente estudo, não são relevantes.

⁶⁶³ Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa e os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública (cf. art. 1º, da Lei n. 14.133, de 1.4.2021).

⁶⁶⁴ “Comunicado nº 10/2022 - Transição entre a Lei nº 14.133, de 2021, e as Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011. A Secretaria de Gestão, órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), comunica aos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em atenção ao disposto no art. 191 e no inciso II do art. 193 da Lei nº 14.133, de 2021, que o Sistema de Compras do Governo Federal, a contar do dia 31 de março de 2023, estará configurado para receptionar somente as licitações e contratações diretas à luz da Lei 14.133, de 2021 (e demais leis específicas), considerando o exaurimento temporal da eficácia jurídica-normativa das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011. (Comunicado da Secretaria de Gestão do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-informacao/comunicados/comunicado-no-10-2022-transicao-entre-a-lei-no-14-133-de-2021-e-as-leis-no-8-666-de-1993-no-10-520-de-2002-e-os-arts-1o-a-47-a-da-lei-no-12-462-de-2011#:~:text=193%20da%20Lei%20n%C2%BA%2014.133,temporal%20da%20efic%C3%A1cia%20jur%C3%ADica%2Dnormativa>. Acesso: 22 dez. 2022).

Como consta no relatório final daquela Comissão Temporária, a intenção do projeto de lei não foi de reformar profundamente a legislação anterior que cuidava das licitações e contratos⁶⁶⁵. A redação final da Lei n. 14.133/2021, que incorpora o intuito da Comissão, consiste em adaptações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993; da Lei n. 10.520, de 17.7.2002 (que instituiu o pregão eletrônico no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e da Lei 12.462, 4.8.2021 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDCC)⁶⁶⁶.

Também consta daquele relatório final que o projeto de lei optou por não adentrar o mérito das concessões de serviços públicos (Lei n. 8.987, de 13.2.1995); parcerias público-privadas (Lei n. 11.079, de 30.12.2004); e, licitações e contratações de serviços de publicidade (Lei 12.232, de 29.4.2010) e compras, contratações e desenvolvimento de produtos de sistemas de defesa (Lei n. 12.598, de 21.3.2012), sendo a eles aplicado apenas subsidiariamente (art. 186⁶⁶⁷)⁶⁶⁸.

Sobre a *exceptio non adimpleti contractus*, o relatório final da Comissão revela que o objetivo foi de melhor esclarecer que a opção do contratado em não resolver o contrato nos casos especificados de incumprimento da Administração, mas de suspender a execução até solução do inadimplemento administrativo, fornecendo-lhe uma ferramenta de equilíbrio da relação contratual sem a intervenção do Poder Judiciário⁶⁶⁹.

Ou seja, o *desequilíbrio* que o inadimplemento do ente público causa ao contrato é a *ratio legis* da *enac* nos contratos administrativos, uma vez que a suspensão do cumprimento pelo contratado coage a Administração a retomar o fluxo econômico-financeiro contratado, inclusive por imposição do interesse público e dos princípios da eficiência e economicidade.

⁶⁶⁵ Relatório Legislativo do PLS 559/2013, do Senado Federal. Publicado no Suplemento C do Diário do Senado Federal (DSF) de 19.12.2012.

⁶⁶⁶ “Essa proposta de ajustes pontuais, com preservação das linhas básicas e sem um efetivo rompimento com o antigo modelo, é uma inequívoca opção do legislador. Assim reconheceu o próprio senador Antonio Anastasia, relator do projeto no Senado (...)”

⁶⁶⁷ “Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.”

⁶⁶⁸ Existem doutrinadores que sustentam a aplicação da *enac* às concessões, desde que “não impactem a prestação do serviço público, como o pagamento dos ônus da outorga, ou mesmo a realização de novos investimentos” (MONTEIRO, Vera. Exceção do contrato não cumprido em concessão. *Jota*. 1º mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/excecao-nao-cumprimento-concessao-01032022>. Acesso: 20 dez. 2022).

⁶⁶⁹ “São estabelecidos dispositivos que delimitam as responsabilidades de cada parte nos contratos. Primeiro, pela previsão de matriz de riscos (§ 1º do art. 95). Segundo, pela explicitação de maior equilíbrio na relação contratual, quando a Administração contratante deixar de cumprir com suas obrigações previstas. Por exemplo, continuam válidos os motivos suficientes para a rescisão do contrato sua suspensão, pela Administração, em prazo superior a 120 dias, ou o atraso de pagamento em prazo superior a 90 dias. Mas está agora incluída a opção do contratado de apenas suspender a execução do contrato quando dessas ocorrências” (Relatório Legislativo do PLS 559/2013).

Se houver efetividade no exercício da *enac* pelo contratado, salva-se o contrato administrativo, evita-se prejuízo financeiro maior ao contratado e também à Administração Pública, que poderia advir com futura indenização àquele que suportou sozinho toda a execução do contrato.

No sentido acima exposto é que se interpreta o pensamento de Gustavo Binendojm, André Cyrino, Alice Voronoff e Rafael L. F. Koatz, quando sustentam a aplicação da *enac* em contratos de prestação de serviço público, porque manter o contratado a execução do contrato diante da inadimplência administrativa seria obrigá-lo a se autoimpor sua ruína financeira, além de que esse cenário poderia “representar, inclusive, verdadeiro desvio de finalidade da atuação administrativa, que legitima a interrupção das atividades pelo parceiro privado”⁶⁷⁰.

Fazendo um adendo à opinião dos juristas acima exposta, poder-se-ia inclusive cogitar ser o exercício da *enac* pelo contratado um *dever legal* (ou um poder-dever⁶⁷¹), uma vez diante dos incumprimentos da Administração Pública que a autorizam. Esse pensamento é reforçado pela multimencionada tendência doutrinária e legislativa, de ceifar os abusos quanto aos usos dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público, do regime jurídico do Direito Administrativo etc.⁶⁷².

Entende-se que as indenizações judiciais que a Administração Pública sofre causam maiores prejuízos aos cofres públicos do que a suspensão do contrato administrativo pelo contratado, como a *enac* possibilita. É preferível paralisar a execução do contrato quando nos termos da lei, evitando maiores prejuízos para as duas partes, do que forçar a execução e impelir o contratado a posteriormente requerer indenizações ao ente público, que conterão lucros cessantes, danos emergentes, juros e atualização monetária, dentre outros consectários.

O contratado pode (talvez deva) suspender a execução de suas obrigações até a normalização das situações fáticas descritas na lei, sem necessidade de intervenção judicial, admitindo-se que seja posteriormente indenizado por sucessivas desmobilizações e

⁶⁷⁰ Cf. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F.. Exceção do contrato não cumprido como cláusula não obrigatória dos contratos administrativos... p. 25.

⁶⁷¹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*... p. 62.

⁶⁷² Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107, pp. 74-82, dez. 2009.

mobilizações de pessoal e material em razão dos atos da Administração, bem como que se restabeleça o equilíbrio econômico-financeiro do contrato temporariamente desequilibrado⁶⁷³.

3.3. Requisitos de incidência da *enac* nos contratos administrativos

Entende-se que esse breve debate é um bom presságio sobre as possibilidades interpretativas e integrativas do diálogo proposto entre os dois ramos do Direito, a respeito da *exceptio non adimpleti contractus*. Por outro lado, está demonstrado que as legislações administrativas dispõem de forma clara sobre o instituto nos contratos administrativos, onde os limites e requisitos de incidência do remédio são facilmente percebidos.

Assim, a *enac* é forma de autodefesa daquele que contrata com o Poder Público, quando este descumpra *deveres de prestação primários*, que são compreendidos como os conteúdos que as partes se vinculam diretamente pelo contrato⁶⁷⁴ e/ou pela lei.

No caso do contrato administrativo, os deveres prestacionais primários que autorizam a oposição da *enac* pelo contratado são as hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do §2º do artigo 137 da Lei n. 14.133/2021.

O exercício da *exceptio non adimpleti contractus*, no entanto, somente está franqueado ao particular, diversamente dos contratos privados. Representa um mecanismo de diminuição da assimetria contratual, uma vez que as hipóteses de descumprimentos do contrato por ele estão previstas na Lei n. 14.133/2021, e constituem-se em um rol de sanções administrativas de diferentes graduações e aplicação cogente.

A legislação administrativa também revela um aspecto importante da *enac* defendido no presente trabalho: que a simultaneidade ou contemporaneidade do cumprimento das prestações dos contratantes não é um requisito objetivo necessário para seu exercício.

Em outros termos, o dever de prestação antecipada de uma das partes, isoladamente considerado, não é impeditivo para que se exerça a *enac*, mas sim deve-se considerar se o

⁶⁷³ “A Administração Pública, quando paga, paga com atraso e de modo inconsistente. As cláusulas exorbitantes, no mesmo sentido, já representam significativo desequilíbrio dos contratos em favor da Administração, assim como as alterações unilaterais, entre outras figuras que fragilizam a posição do contratado. A realidade dos contratos administrativos brasileiros, com amparo normativo, é aprioristicamente” (BAPTISTA, Patrícia. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos na Lei 14.133/2021).

⁶⁷⁴ Art. 89, § 2º, da Lei n. 14.133/2021: “§ 2º. Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta”.

remédio possibilitará que a sobrevida do contrato, encaminhando-lhe novamente no trilho do adimplemento. Em geral, nos contratos administrativos, sejam instantâneos ou de duração⁶⁷⁵, os pagamentos pela Administração acontecem após as respectivas medições administrativas⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Adota-se nessa tese a classificação de Ricardo Dal Pizzol para os contratos de duração (que se subdividem em contratos de *execução continuada*, nos quais a “prestação é única, mas ininterrupta e *contratos de execução periódica* ou *trato sucessivo*, nos quais as prestações são periódicas e repetidas). Esses contratos se distinguem dos contratos instantâneos, de execução única (ver Capítulo 3).

⁶⁷⁶ Artigo 92, da Lei n. 14.133/2021: “São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...).

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento”.

CONCLUSÕES

A partir do estudo empreendido nesta tese é possível chegar às seguintes conclusões:

1. A *exceptio non adimpleti contractus*, acolhida no Brasil como regra geral no art. 476 do Código Civil, é um importante remédio de autotutela contratual, muito útil para garantir o crédito e pressionar a outra parte (excepto) a cumprir, ainda que normalmente seja estudada na dinâmica processual, quando já exista demanda resolutória instalada.
2. O potencial extrajudicial da figura, pois, é ressaltado nesse trabalho. Trata-se de um mecanismo de coerção privada (João Calvão da Silva), ao lado de outros da mesma categoria, como o direito de retenção.
3. Sendo um mecanismo de autotutela conservatória, destinado a salvar o contrato e a reequilibrar seu sinalagma, a *exceptio non adimpleti contractus* deve ser aplicada com cautela, sob risco de ser invocada diante de situações que ainda não foram bem absorvidas pela doutrina e pela legislação como típicas hipóteses de incumprimento. Entende-se que a *enac* deva ser aplicada apenas em face do incumprimento de prestações principais e secundárias, não cabendo seu exercício para a chamada “violação positiva do contrato” e, a princípio, para deveres laterais derivados da boa-fé.
4. No seu campo dogmático mais sensível, a *enac* suscita o problema da conceituação do “contrato bilateral” e do “sinalagma”, que não são institutos bem definidos pela doutrina. Entende-se, pois, que a *exceptio* é aplicável aos casos em que existe contrato bilateral com o *plus* do sinalagma, ou seja, onde existam a correspectividade e equivalência entre os deveres de prestação das partes, que são aqueles expressamente por elas acordados, de forma tácita ou verbal.
5. A *exceptio non adimpleti contractus*, pois, se aplica onde houver prestações interdependentes, ainda que tais prestações surjam no curso da execução contratual (como nos contratos bilaterais imperfeitos). Disso resulta sua aplicabilidade, *cum grano salis*, aos contratos coligados: algo admissível desde que as prestações em questão (muito embora de contratos diversos do mesmo grupo) estejam entre si interdependentes.

6. A generalização da aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* para a bilateralidade “sinalagmática” faz também jus à história, que permitiu extrair essas conclusões: não havia uma genérica *enac* no Direito Romano (essa expressão não aparece nas fontes), mas havia uma série de *exceptiones*, além de um progressivo enriquecimento da realidade contratual, que levou os romanos a pensarem remédios de tutela bastante aproximados da *enac*.

7. Couberam aos medievais a fixação dos contornos da figura e sua generalização, muito baseados na concepção canônica do contrato, o que revela a proximidade da *exceptio non adimpleti contractus* com as noções de justiça contratual, cumprimento da palavra, correspectividade prestacional, tão caras aos canonistas e tão decisivas para a formação da teoria do contrato.

8. A *exceptio non adimpletio contractus* é um instituto em face do qual a pesquisa comparatística tem grande potencial: diversos ordenamentos a acolhem, como o francês (após a Reforma de 2016, depois de muito tempo de aceitação doutrinária e jurisprudencial); o alemão, o italiano, o português e o quebequense. As expressões desses códigos ajudam a discernir melhor os limites e os requisitos do instituto, como a necessidade de que seu manejo não ocorra de forma abusiva, o que é expressamente exigido pelos códigos alemão e italiano. No Brasil, sugere-se essa interpretação restritiva, até mesmo pela genérica vedação do exercício abusivo de posição jurídica (art. 187, do Código Civil).

9. A *exceptio non adimpleti contractus* ocupa uma posição importante no sistema brasileiro do adimplemento-inadimplemento, inserida no subsistema dos remédios ao inadimplemento. A topografia indica que ela é um remédio conservatório, pois o suporte fático do art. 476 é bem diferente do relativo ao art. 475, que assegura a resolução ou execução forçada. Além disso, a *enac* antecede outros remédios: a exceção de insegurança e a onerosidade excessiva, todos voltados à conservação do contrato, embora possam levar à resolução (caso não corrigida a perturbação).

10. Em face da chamada “expansão do sinalagma”, que tem conduzido a considerações de outras situações na esfera do inadimplemento - para além das tradicionais figuras da impossibilidade e da mora -, tem-se afirmado que a violação de certos deveres não prestacionais também podem ter eficácia resolutória. Diversas teorias são recebidas, como a violação positiva do contrato, o adimplemento substancial e a quebra antecipada do contrato.

11. No Brasil, é bastante forte a influência da teoria da violação positiva do contrato, que na Alemanha foi de certo modo positivada com a Reforma do Direito das Obrigações de 2001-2002. Acredita-se, contudo, temerário importar essa teoria para o Brasil apenas com base na generalidade do art. 389 do Código Civil e na cláusula geral da boa-fé nos contratos (art. 422, do Código Civil), sendo mais recomendável, para que fosse admitida essa espécie de violação, uma reforma do Direito das Obrigações. Na pendência dessa reforma, uma generalização de hipóteses de violação aos deveres laterais com eficácia resolutória soa temerária.

12. Semelhantes raciocínios e conclusões se fez em relação à *exceptio non adimpleti contractus* para se alcançar a interpretação restritiva proposta, com o acréscimo de que o remédio também é uma autotutela contratual, cujo exercício extrajudicial pressupõe limites claros para não ser desvirtuado. A indefinição doutrinária e jurisprudencial dos paradigmas que delimitam as violações aos deveres originados do princípio da boa-fé no Brasil é um bom indicativo da cautela que se deve ter com institutos que interagem diretamente com as relações privadas e a segurança negocial.

13. Essa proposta mais restritiva é apoiada pelo atual estágio das críticas ao excesso do uso dos princípios no Brasil, que contribui para a perda de vinculatividade das regras do Direito Civil. Em face da literatura consultada, viu-se ser possível oferecer essa leitura, porque há fortes argumentos contra o recurso exagerado a princípios. Inclusive, reformas legislativas recentes procuraram modificar o tratamento principiológico no Direito Privado e no Direito Público (Lei da Liberdade Econômica; reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); além das críticas feitas à associação das cláusulas gerais do Código Civil com os direitos fundamentais da Constituição Federal que pode, no limite, criar argumentos ocasionais e *ad hoc*, retirando a segurança jurídica e previsibilidade de campo tão sensível, que é o direito contratual.

14. Em face do estudo da *exceptio non adimpleti contractus* no campo dos contratos administrativos, é possível concluir a relevância da figura para o sistema jurídico, bem como a importância da sua função conservatória dos contratos. O estudo da suspensão da prestação pelo particular na contratação administrativa permite observar a aplicação desse remédio em situações contratuais regidas por regras especiais, onde claramente atua para reobter o equilíbrio econômico e o equilíbrio financeiro (fluxo de caixa) do contrato administrativo, impelindo a Administração Pública a normalizar o cumprimento de suas obrigações. Considerando que a

enac é uma figura emprestada do Direito Civil, seu comportamento nos contratos administrativo deve ser ressaltado como mais um argumento interpretativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e monografias

ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. *Hermenéutica pro libertatem*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book Kindle*.

ADDIS, Fabio. *Le eccezione dilatorie*. In: ROPPO, Vincenzo (Coord.). *Trattato del contratto: rimedi*. v. 5. Milano: A. Giuffrè, 2006, p. 436-437.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 6, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2.ed., 2.tir., Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 12.ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. 14.ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomático, 1870.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: Teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 14.ed. Napoli: Jovene, 2006.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ASSIS, Araken. *Comentário ao art. 476*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao código civil brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles Frédéric. *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*. t. 4, 5.ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Juisprudence Marchal et Billard, 1902.

BENEDETTI, Alberto Maria. Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi «criptorisolutori» e «costituzionalmente orientati». In: CONSOLO, Claudio et. al. *La risoluzione per inadempimento poteri del giudice e poteri delle part*, Bologna: il Mulino, 2018.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. v. 5. Milano: Giuffrè, 1994.

BIANCA, Cesare Massimo; BONNELL, Michael. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. *A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F.. Exceção do contrato não cumprido como cláusula não obrigatória dos contratos administrativos. Estudo de caso: contrato de arrendamento portuário. In: *Direito da Regulação Econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Forum, 2020, pp. 18-40

BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Milão: Società Editrice Libreria, 1936.

BRUNNER, Cristoph; LERCH, M.; RUSCH, L. Commentary on Article 58. In: BRUNNER; Cristoph; LEISINGER, Benjamin. *Commentary on the UN sales Law (CISG)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2019.

BRUNNER; Cristoph; LEISINGER, Benjamin. Commentary on Art. 25. In: BRUNNER; Cristoph; LEISINGER, Benjamin. *Commentary on the UN sales Law (CISG)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2019.

CAMPOS SCAFF, Fernando. Aspectos socioeconômicos e os compromissos da regularização fundiária rural. In: CAMPOS SCAFF, Fernando; KÜMPEL, Vitor Frederico; ÁVILA BORGARELLI, Bruno de (Coord.). *Regularização Fundiária Rural*. São Paulo: YK, 2022.

CANTARELLA, Eva. *Obbligazione [diritto greco]*. In: *Novissimo digesto italiano*. v. 11. Torino, 1968.

- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 2, 2.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2017.
- CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. 15, 10.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- CASSIN, René. *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le Droit de rétention, la compensation et la résolution*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.
- CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations*. Paris: Dalloz, 2016.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. 1, 2.ed. (ristampa). Napoli: Jovene, 1960.
- CORADINI, Heitor. *Metalinguagem na obra de língua latina de Marcos Terêncio Varrão*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências, Universidade de São Paulo, 1999.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- CRUZ MORENO, María. *La “exceptio non adimpleti contractus”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- DAL PIZZOL, Ricardo. *Exceção de contrato não cumprido*. Indaiatuba: Foco, 2022.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17.ed., atual., São Paulo: Atlas, 2004.
- Digesto ou pandectas do imperador Justiniano. Tradução: Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos. Tradução complementar: Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes, Dárcio Roberto Martins Rodrigues e Hélcio M. França Madeira. São Paulo: YK, v. I (2017), v. II (2017) e v. III (2018).
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II, v. I. Tradução ao espanhol: Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Buenos Aires: Bosch, 1948.

ERNST, Wolfgang. *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian*: Festgabe für Werner Flume: zum 90. Berlin: Springer, 1889, pp.1-57.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, pp. 35-60, jan./mar. 2019.

FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 1, pp. 27-39, out./dez. 2014.

FERREIRA SILVA, Luis Renato. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais – Uma análise à luz da teoria da causa*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2001.

FONSECA, Ana Taveira da. *A recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito: em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*. Coimbra: Almedina, 2019.

GASTALDI, José María; CENTANARO, Esteban. *Excepción de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

GENICON, Thomas. L'Exception d'inexécution. In: CARTWRIGHT, John; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; WHITTAKER, Simon (direc.). *La Réécriture du Code civil: Le droit français des contrats après la réforme de 2016*. Paris: Société de Législation Comparée, vol. 29, pp. 309-335, 2018.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto): onerosidade excessiva em contrato de consórcio: resolução parcial do contrato. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio (Coord.). *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 345-374.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. 1986. Tese (Professor Titular) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. Porto Alegre: Cesar Reinhardt, 1897.

LARANZ, Karl. *Derecho civil*. Parte general. Tradução: Miguel Izquierdo e Macías-Picavea, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts: Allgemeiner Teil*. v. 1, 14.ed. München: Beck, 1987, Tradução: João Carlos Mettlach.

LARROUMET, Christian. *Droit Civil*. t. III, 6.ed. Paris: Economica, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRADELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *Guia de metodologia jurídica: Teses, Monografias e Artigos*. 3.ed. revista e atualizada. São Paulo: YK Editora, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107, pp. 74-82, dez. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Comentários ao art. 20 da LINDB. In: COSTA MACHADO (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 13.ed. Barueri: Manole, 2020.

MARTINS RODRIGUES, Dárcio Roberto. *Institutas de Gaius = Gai institutionum commentarii IV*. 2.ed. São Paulo: YK, 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no Direito brasileiro: configuração e limites. *Revista dos Tribunais*, v. 885, pp. 30-48, jul. 2009. Consulta em RT *Online*.

MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASKOW, Dietrich. Commentary on art. 58. In: BIANCA, Cesare Massimo; BONNELL, Michael. *Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, pp. 420-430.

MASNATTA, Hector. *Excepcion de incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1967.

MASSÉNA, Floriane. *La prescription extinctive des moyens de défense: Aux origines de la maxime Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Thesis (Doctorat) – Dir. Boris Bernabé, Université Paris-Saclay. 2020.

MEDICUS, Dieter; LORENZ, Stephan. Schuldrecht I. *Allgemeiner teil: ein studienbuch*, 21.ed. München: Beck, 2015, pp. 98-103. Tradução: João Carlos Mettlach.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17.ed., rev., atual.. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20.ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*, 4ª reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da modernização do direito civil I: aspectos gerais*. Coimbra: Almedina, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. v. 2, 4.ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. v. 7. Coimbra: Almedina, 2016.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. v. 9, 3.ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MIRAGEM, Bruno. Ruy Rosado de Aguiar Júnior: renovador do Direito Privado brasileiro (1938-2019). In: Marques, Claudia Lima; Cerqueira, Gustavo (org.). *A função modernizadora do Direito Comparado: 250 anos da lei da boa razão*. São Paulo: YK, 2020, pp. 557-571.

MOHS, Commentary on art. 58. *In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG). 3.ed. Oxford: University Press, 2016.*

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Direito civil*, v.5, 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de direito romano Justinianeu*. 2. ed. Revista. São Paulo: YK, 2021.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Manual de instrução ao Digesto*, 1.ed., São Paulo: YK Editora, 2017.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MÜLLER-CHEN, Markus. Commentary on art. 51. *In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG). 3.ed. Oxford: University Press, 2016.*

NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 13.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: JusPodivm, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3, 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. v. 3, 22.ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro Manuel Ferreira. *Sobre o conceito e extensão do sinalagma*. Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 379-430.

PERSICO, Giovanne. *L'eccezione d'inadempimento*. Milão: Giuffré, 1955.

POLO, Marcelo. Os contratos de hedge: futuro e opções. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de; ESTEVEZ, André Fernandes; RAMOS, Ricaro Ehrensperger (Coords.). *Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book Kindle*.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 6. Atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Jr., Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 3. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. 26. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Augusto César Lukascheck. *Exceções no direito civil: contribuições para uma sistematização*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Relatório Legislativo do PLS 559/2013, do Senado Federal. Publicado no Suplemento C do Diário do Senado Federal de 19.12.2012, pp. 116- DSF.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, pp. 113-130, jul./set. 2004.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Código Civil completa 15 anos com o mérito de ter trazido estabilidade ao Direito, *Consultor Jurídico*, 11 jan. 2017, Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jan-11/codigo-civil-completa-15-anos-grandes-revolucoes-direito#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20Civil%20brasileiro%2C%20aprovado,\)%%2C%20n%C3%A3o%20pode%20ser%20ignorada](https://www.conjur.com.br/2017-jan-11/codigo-civil-completa-15-anos-grandes-revolucoes-direito#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20Civil%20brasileiro%2C%20aprovado,)%%2C%20n%C3%A3o%20pode%20ser%20ignorada). Acesso: 31 dez. 2022.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Comentários aos arts. 481 a 537; Compra e venda, troca, contrato estimatório. In: VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro (Coord.). *Código civil comentado*. v. 6, t. I. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2019. Edição *Kindle*.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. In: MIRANDA, Jorge (diretor). *O Direito*. n. 143, v. II. pp. 43-66. Coimbra: Almedina, 2011.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Exceções no direito civil: um conceito em busca de um autor. In: MIRANDA, Daniel Gomes; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino (orgs.). *Prescrição e decadência: Estudos em homenagem ao Professor Agnelo Amorim Filho*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 411-422.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Um “Modelo de Revisão Contratual por Etapas” e a Jurisprudência Contemporânea do Superior Tribunal de Justiça. In: ANCONA LOPES, Teresa; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 469-514.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de "constitucionalização" do Direito Civil. In: VERA-CRUZ PINTO, Eduardo; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo (org.). *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Volume 3 - Direito Constitucional e Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 61-90.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3, 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ROSELVALD, Nelson. Comentários ao artigo 476. In: PELUSO, Cezar. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Manole, 2022.

SAVIGNY, Friedrich von Carl. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução: Jacinto Mesía e Manuel Poley. t. IV, 2.ed., Madrid: Analecta Editorial, s/a

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG). 3.ed. Oxford: University Press, 2016.

SCHROETER, Ulrich G. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG). 3.ed. Oxford: University Press, 2016.

SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOULAKIS, Christiana (eds.). *International sales law*. London: Routledge-Cavendish, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações (comentários aos arts. 304 a 388 do Código Civil). In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coods.). *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STORCK, Michel. *Fasc. Unique: Contrat – Inexécution du contrat – Exception d’inexécution*. *Lexis 360*, 04 mai. 2017.

TALAMANCA, Mario. *Processo civile*. Diritto romano. Enciclopedia del Diritto. v. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

TIMM, Luciano Beneti. *Direito contratual brasileiro: Críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos atuais do conceito de “exceção substancial” a partir da teoria chiovendiana. *In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Temas polêmicos de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2022.

VILLEY, Michel. *Le droit romain*. Paris: Puf, 1945 (1.edição Quadrige 2012).

WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit Civil: Les obligations*. 4.ed. Paris: Dalloz, 1986.

WIDMER, Corrine. *In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*. 3.ed. Oxford: University Press, 2016, p. 511 e ss.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução: A. M. Botelho Espanha. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WILL, Michael. Commentary on art. 25. *In: BIANCA, Cesare Massimo; BONNELL, Michael. Commentary on the International Sales Law*. Milan: Giuffrè, 1987, p. 205-221.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Tradução ao italiano: Carlo Fadda; Paolo Emilio Bensa, v.1. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *In: NANNI, Giovanni Ettore. Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ZIMMERMANN, Reinhardt. *The law of obligations: roman foundations on the civilian tradition*. Oxford (GB): Clarendon Press, 1996.

ZINGANO, Marco. *Ethica Nicomachea V I-15: tratado da justiça*. Tradução e comentário. São Paulo: Odisseus, 2017.

Artigos de revistas e periódicos

ABBOUD, Georges. Consequencialismo, teoria da decisão e jurisdição constitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 1023, pp. 249-279, abr. 2022.

ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul./dez. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Contrato de direito público ou administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, n. 88, pp. 15–33, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967.

BAPTISTA, Patrícia. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos na Lei 14.133/2021: entre continuidades e novidades. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. v. 22, pp. 127-140, jul./set. 2022.

CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Separata do Volume XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 7, n. 27, pp. 108-124, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27.pdf. Acesso: 20 dez. 2022.

DAL PIZZOL, Ricardo. Sinalagma funcional e contratos de prestação de serviços educacionais: efeitos da pandemia de Covid-19 sobre o equilíbrio dessas relações. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Siji (Coords). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-10*. v. 2. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2020, pp. 535-565.

DIDIER JR., Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. *Revista de Processo*, v. 116, pp. 54-66, jul./ago. 2004.

DROSS, William. L'exception d'inexécution: essai de généralisation. *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 1-31, jan./mar. 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 198, pp. 59-88. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, arb.-jun. 2013.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRASSO, Biagio. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto: profili generali*. Univ.degli Studi di Camerino Pubblicazioni, 1973.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9.ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 2014.

GRIMAL, Pierre. *A civilização romana*. Lisboa: Edições 70, 2018.

GRÜNEBERG, Christian. §320. In: *Bürgerliches Gesetzbuch – Palandt*. 71.ed. München: C. H. Beck, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual. A chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 93, pp. 209-228, mai./jun. 2014.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, v. 23, n. 1, pp. 16-59, nov. 1913. – Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol23/iss1/4>). Acesso: 31 dez. 2022.

MARQUES NETO, Floriano Marques. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015.

MARTINS RODRIGUES, Dárcio. Abstração e sistematização na *Iurisprudentia* romana. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 97, p. 23-33, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António. A modernização do direito das obrigações. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA) de Portugal*, ano 62, v. II, pp. 319-345, abr. 2002. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2002/ano-62->

vol-ii-abr-2002/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-a-modernizacao-do-direito-das-obrigacoes/#:~:text=Ant%C3%B3nio%20Menezes%20Cordeiro%20%2D%20A%20Moderniza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20das%20Obriga%C3%A7%C3%B5es,-II%E2%80%94O%20Direito&text=A%20presente%20s%C3%A9rie%20de%20estudos,a%20recente%20reforma%20civil%20alem%C3%A3. Acesso: 07 mar. 2022.

MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros; MONTEIRO, Maria Stella de Barros. A causa dos contratos e a *exceptio non adimpleti contractus*. *Revista dos Tribunais*, v. 958, p. 99-117, ago. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 19, n. 22, p. 147-157, jul./dez. 2002.

MORENO CRUZ, Pablo. Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*: la “buena”, la “mala” y la “fea” excepción de contrato no cumplido. *Revista de Derecho Privado*, n.24, pp. 133-150, jul./dez., 2013.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Delimitação conceitual de exceção substancial e distinção entre exceções e objeções substanciais, *Revista de Processo*, v. 193, pp. 27-52, mar. 2011.

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2, pp. 245-274, jan./mar. 2015.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Clóvis Beviláqua e o Código Civil de 1916 na visão de um estrangeiro: contradições com a imagem preponderante na historiografia nacional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 12. ano 4. p. 35-61. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2017.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Revista Meritum, da Fundação Mineira de Educação e Cultura*, v. 5, n. 2, pp. 13-52, Belo Horizonte: Universidade FUMEC, jul./dez. 2010.

SALEILLES, Raymond. Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements (exception de refus de paiement pour inexécution ou

exception non adimpleti contractus). *Annales de Droit Commercial Francais, Etranger et International*, v. 7, p. 24-216, 1893.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 823, p. 67-86, 2004.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo - Imprevisão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, ano 3, p. 261-276, jan./mar. 2016.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 101, pp. 181-205. set./out. 2015.

TERRA, Aline Miranda Valverde. Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além dos contratos bilaterais. *Revista de Direito Privado*, v. 65, ano 17, pp. 121-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2016.

THOMALE, Chris. Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 212, pp. 920-970, dez. 2012.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Procedimento do direito de domínio e improcedência da ação reivindicatória. Favela consolidada sobre terreno urbano loteado. Função social da propriedade. Prevalência da constituição federal sobre o direito comum. *Revista dos Tribunais*, v. 85, p. 204-223, jan. 1996.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 111, pp. 85-100, jan./dez. 2016.

TORNAGHI, Hélio Bastos. Da exceção no direito comparado. *Revista Jurídica*, ano 3, v. 18, n. 3, pp. 17-27, nov./dez. 1955.

TREVIZAN, Matheus. O *De re restica* II de Varrão Reatino e a comédia greco-romana: analogias. *Caligrama: revista de estudos românicos*, v. 15, n. 1, pp. 229-251, 2010.

ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e culta europeia. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 7, pp. 243-278, abr./jun. 2016.

Sítios eletrônicos

Comunicado da Secretaria de Gestão do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), da Administração Pública Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/comunicados/comunicado-no-10-2022-transicao-entre-a-lei-no-14-133-de-2021-e-as-leis-no-8-666-de-1993-no-10-520-de-2002-e-os-arts-1o-a-47-a-da-lei-no-12-462-de-2011#:~:text=193%20da%20Lei%20n%C2%BA%2014.133,temporal%20da%20efic%C3%A1cia%20jur%C3%ADdica%2Dnormativa>. Acesso: 22 dez. 2022).

EMMERICH, Volker. *Vor §322*. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Band 3. Munique: C.H.Beck. Tradução: João Carlos Mettlach. Disponível em: https://www.academia.edu/50950467/M%C3%BCnchener_Kommentar_Emmerich_Vor_320_322_tradu%C3%A7%C3%A3o_do_alem%C3%A3o_. Acesso: 31 dez. 2022.

GERNHUBER, Joachim. *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Handbuch des Schuldrechts, 8. Tübingen, Mohr, 1989, pp. 328-353. Tradução: João Carlos Mettlach. Disponível em: https://www.academia.edu/48961440/Gernhuber_J_Rela%C3%A7%C3%A3o_obrigacionais_o_sinalagma. Acesso: 3.11.2022.

Iustiniani Digesta. Tradução: R. T. Mommsen e R. P. Krueger. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm> . Acesso: 31 dez. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS NETO, Rafael. A lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Revista Consultor Jurídico*, 11 mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>. Acesso: 22 dez. 2022.

MONTEIRO, Vera. Exceção do contrato não cumprido em concessão. *Jota*. 1º mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/excecao-nao-cumprimento-concessao-01032022>. Acesso: 20 dez. 2022.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de; GIANNOTTI, Luca d'Arce. A exceção de insegurança e a tutela do devedor em tempos de Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/direito-civil-atual-excecao-inseguridade-tutela-devedor-tempos-covid-19>. Acesso: 14 nov. 2022.

PENNITZ, Martin. §§320—332. Der gegenseitige vertrag und das prinzip der zum-um-zum leistung. *Historisch-Kristischer Kommentar*, v.2. Tübingen: Mohr, 2007, pp. 1.779-1.812.

Tradução: João Carlos Mettlach, Disponível em: https://www.academia.edu/50950474/PENNITZ_O_contrato_sinalagm%C3%A1tico_e_o_princ%C3%ADpio_da_realiza%C3%A7%C3%A3o_simult%C3%A2nea_das_presta%C3%A7%C3%B5es_HKK_320_2_tradu%C3%A7%C3%A3o_do_alem%C3%A3o_. Acesso: 19 jan. 2022.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Boa-fé não pode ser uma varinha de condão nas lições de Jan Peter Schmidt. *Revista Consultor Jurídico – Direito Comparado*, 10 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-10/direito-comparado-boa-fe-objetiva-nao-varinha-condao-lico-es-jan-peter-schmidt>. Acesso: 30 mar. 2022.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Editora alemã faz acerto de contas histórico com autores nazistas. *Consultor Jurídico*, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-28/direito-comparado-editora-alema-faz-acerto-contas-historico-autores>. Acesso: 26 out. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Consultor Jurídico*, 22 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso: 29 dez. 2022.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípios da legalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 27 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso: 31 dez. 2022.

VELASCO, Ignacio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, pp. 11-67, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236>. Acesso: 08 mar. 2022.