

JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS DO CIDP

(17 A 19 DE JANEIRO DE 2018)

EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO*

João Pedro de Oliveira de Biazi**



Penso que não poderia começar de forma diferente senão agradecendo a presença de todos. É a primeira vez que estou em Portugal e não poderia imaginar situação mais honrosa do que esta. Participar dessas jornadas, ter escutado tantas intervenções interessantes, ter aprendido tanto com elas e agora poder trazer um pouco de minha investigação feita nos últimos anos é realmente um presente. Agradeço imensamente a meu orientador, amigo e professor, José Fernando Simão, pela oportunidade e confiança. Também gostaria de agradecer ao professor Fernando Araújo, que me atendeu com tanta gentileza e atenção. Estou verdadeiramente honrado e agradecido.

O objetivo de minha intervenção, que será verdadeiramente curta, é analisar uma categoria jurídica. Mais especificamente, a exceção de contrato não cumprido. Para dar clareza à exposição, ela será dividida em três etapas.

* Transcrição ligeiramente adaptada e com citações da apresentação proferida em 17 de janeiro de 2018 nas Jornadas Luso-Brasileiras do Centro de Investigações de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Deixo meu agradecimento especial a todos os professores que se empenharam na realização e organização do evento, em especial aos professores Fernando Araújo e José Fernando Simão. Também agradeço a gentileza e competência do acadêmico Luca Giannotti, que realizou a diagramação do áudio, sugeriu adaptações e apontou as referências bibliográficas.

** Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo e em *Diritto Romano e Sistemi Giuridici Contemporanei* pela *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*. Professor de direito civil da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo (ESA OAB/SP). Advogado em São Paulo.

A primeira etapa será uma apresentação geral do instituto em torno de algumas premissas necessárias para a compreensão de seu conceito. A segunda etapa, a mais sensível, diz respeito aos fundamentos da exceção de contrato não cumprido. Ao final da apresentação, gostaria de ilustrar situações em que nós colocamos tanto as premissas como os fundamentos à prova em situações bastante limítrofes, que vem sendo desafios àqueles que estudam direito privado. Como parte da doutrina, nada mais justo que este estudo enfrente essas questões.

A primeira premissa importante é encontrada na tentativa de tratar a *exceptio non adimpleti contractus* dentro de um conceito de exceção. Podemos compreender a exceção de contrato não cumprido como uma espécie de exceção substancial dilatatória destinada a neutralizar a eficácia de uma pretensão contratual; de uma das partes de uma relação contratual sinalagmática.

Salta aos olhos dessa premissa conceitual a terminologia: neutralização da eficácia. Indicar isso, ou, usando palavras de Pontes de Miranda¹, falar “encobrimento” da eficácia, sugere ao interprete que a exceção de contrato não cumprido não se ocupa de pôr fim a uma posição jurídica. Ela tão somente busca neutralizar e, no caso da exceção de contrato não cumprido, por um certo período de tempo, essa pretensão – ou, mais precisamente, sua eficácia.

Nós já enfrentamos com essa premissa uma questão bastante sensível, que pode ser encontrada com bastante facilidade em alguns julgados no Brasil. Nessas decisões, é muito comum encontrarmos a exceção de contrato não cumprido como um tipo de direito de resolução². No entanto, a diferença entre essas duas

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, t; 6, São Paulo: RT, 2012, §628, 4: “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, ou às exceções, ou à justiça de mão própria, -quando a lei a permite.”

² Para citar alguns: TJSP, Apel. 0015592-41.2011.8.26.0506, 23ª Câmara de Direito

figuras, com a indicação do conceito de neutralização de eficácia, já se resta esclarecida.

O direito de resolução é um direito formativo extintivo, e tem como função óbvia a extinção da relação jurídica contratual. Por outro lado, a exceção que se descreve não visa a dar fim à relação contratual. Pelo contrário: ela tem como fim a manutenção da relação contratual dentro de um determinado ritmo equidistante. Isso já indica uma natureza jurídica tão distinta que não podemos tratá-las como sinônimos, ou seja, definir a exceção de contrato não cumprido como "clausula resolutive tática" dos contratos sinalagmáticos. Assim, a *exceptio non adimpleti contractus* não se ocupa da resolução, ela não é direito formativo extintivo. Ela é uma exceção dilatória, um contradireito, e não um não-direito.

Quando recebo uma ação judicial, por exemplo, e digo "o sujeito não tem direito", estou me defendendo diretamente. No caso da exceção de contrato não cumprido, por outro lado, eu digo "veja, você tem a pretensão; entretanto, por conta de determinadas circunstâncias, essa pretensão se encontra com a eficácia encoberta até que essas circunstâncias excepcionais sejam levantadas da situação fática e, portanto, sua pretensão volte a ter eficácia plena". Essa primeira premissa é o ponto de partida da análise da exceção de não cumprimento: ela precisa ser compreendida para a delimitarmos dogmaticamente essa categoria jurídica.

Passando para a segunda etapa, que é de fato a mais delicada, estudaremos aos fundamentos da exceção de contrato não cumprido. Afinal, por que o sistema jurídico brasileiro, o sistema jurídico italiano e o sistema jurídico português optaram por dar texto normativo à exceção de contrato não cumprido? Agora o sistema jurídico francês depois da reforma de 2016 também

Privado, relator Des. Paulo Roberto de Santana, j. 30.11.16; TJSP, Apel. 1003302-74.2015.8.26.0008, 38ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Eduardo Siqueira, j. 15.07.16; TJDF, Apel. 0024579-86.2013.807.0001, 2ª Turma Cível, relator Des. João Egmont, j. 10.06.15

seguiu esse caminho.

Ao meu ver, o fundamento máximo do instituto encontra-se na noção de sinalagma. "Sinalagma" não é uma palavra nova para os estudantes de Direito. Ela é de origem grega, já era presente no vocabulário do jurista romano arcaico e está presente na bastante conhecida na definição de contrato de Labeão, que está exposta no *Digesto*³. Mas, afinal, o que é o sinalagma?

Normalmente, ele é compreendido como correspondência – interdependência – entre vínculos jurídicos. Dizer que há uma relação sinalagmática significa dizer que há vínculos jurídicos que guardam interdependência não só jurídica como finalística. Numa compra e venda, por exemplo, a coisa e o preço são apontadas como objetos de relação contratual sinalagmática porque uma faz sentido somente quando eu penso na outra.

Se eu parasse por aqui, já seria suficiente. No entanto, a preocupação com as categorias jurídicas me faz pensar que não é suficiente dizer que sinalagma é correspondência. Trazer sinônimos a palavra sinalagma me parece uma contribuição pequena. Vou além e gostaria de indicar algumas distinções que talvez o termo sinalagma tenha com essas palavras.

O sinalagma deve ser compreendido dentro de uma perspectiva máxima da liberdade das partes de contratar, pois ele é a expressão das partes em apontar quais são as prestações e posições jurídicas de fato guardam correspondência entre si.

Sinalagma não significa equivalência. Equivalência envolve valoração objetiva, frequentemente financeira, entre as posições. Se o carro custa vinte mil reais, o carro e os 20 mil reais são equivalentes financeiramente. Não é essa a informação necessária para dizer que o contrato de compra e venda do carro por 20 mil reais é sinalagmático. A compreensão do sinalagma exige olhar restrito à declaração negocial em espécie.

Para descobrir se temos uma relação sinalagmática entre

³ D. 50.16.19 (Ulpiano). Disponível em: GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. 3, Barcelona: Jaime Molinas, 1889, p. 914.

dois vínculos obrigacionais, não devemos verificar se os valores das prestações são equivalentes ou correspondem ao valor de mercado. É mais do que isso. Para saber se os vínculos obrigacionais são sinalagmáticos, temos que olhar a declaração negocial, em sua forma representativa, e encontrar elementos hermenêuticos pelos quais se verifica que as partes contratantes optaram por dar uma relação de interdependência entre as posições jurídicas.

Outra coisa precisa ser dita que pode parecer chocante dentro de uma perspectiva de direito civil cada vez mais influenciada pelo Direito constitucional. Sinalagma não guarda relação com função social. O sinalagma não é compreensão de algum fato social ou estabelecido por comportamento ou expectativa da sociedade. O sinalagma é, novamente, estabelecido pela partes dentro da declaração negocial. É a análise da declaração negocial em espécie que determinará se há ou não configuração de interdependência das posições jurídicas. O jurista não tem como recorrer, nesse caso, a um comportamento objetivamente já estabelecido. É evidente que esses elementos ajudam o interprete a compreender o sentido dado à declaração negocial, mas ela – a declaração negocial – é soberana na determinação dessa interdependência. Em suma, sinalagma não é um valor social, nem se faz parte função social do contrato, como alguns autores no Brasil acabam apontando.

Trazendo a discussão para as exceções, a função social do contrato não é, portanto, o fundamento da exceção de contrato não cumprido. A base dessa exceção é a própria manifestação de vontade das partes: a opção que as partes tiveram de contratar daquela maneira, e para as partes aquilo é sinalagmático. Não há um critério objetivo extraído de fora da relação jurídica contratual: o sinalagma contratual é compreendido dentro de um estudo da forma representativa da relação jurídica contratual.

Compreendido o fundamento essencial da exceção de contrato não cumprido, podemos adicionar duas distinções ao

conceito de sinalagma que a doutrina portuguesa merece citação especial a respeito.

O sinalagma, para fins práticos, é dividido em sinalagma genético e funcional. Essa divisão tem função didática bastante reconhecida, já que ela não cuida de valorações substancialmente distintas. O sinalagma genético é uma preocupação com a presença ou não de vínculo sinalagmático no momento da manifestação de vontade. O valor do sinalagma funcional, por outro lado, é a sustentação dessa correspondência ao longo da relação jurídica como um todo.

Falando especificamente do sinalagma contratual, e pensando na relação obrigacional como um processo que se destina ao adimplemento⁴, o sinalagma funcional se preocupa com a manutenção dessa correspectividade ao longo de todos os atos que compõem o dinamismo da obrigação ao longo do seu caminho ao adimplemento. Ou seja, é uma preocupação de que não haja desvios e modificações substanciais na correspondência entre as prestações ao longo do lapso temporal entre o momento da celebração do contrato e o momento em que ele se encontra cumprido.

Agora venho à parte que me parece mais interessante. Confesso que é a mais complicada do meu trabalho, em que eu sofro bastante para estudar e tentar dar as respostas. A exceção de contrato não cumprido não é um instituto simples de estudar: são várias as questões em torno de seus limites de operação. Para me socorrer, lembro-me agora de uma frase muito interessante que encontrei na obra dos professores Rodolfo Sacco e Antonio Gambaro sobre sistemas jurídicos comparados, que diz a importância de diálogo entre sistemas jurídicos: não basta somente ler os artigos para compreender, é necessário o diálogo⁵. Aqui

⁴ No Brasil, a grande obra sobre o assunto é a de CLOVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA, muito influenciada pelos trabalhos de K. LARENZ E J. ESSER. Cf. COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

⁵ Cf. GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*, 3ª ed.

encontramos a expressão maior dessa frase. Nesse sentido, gostaria de apresentar duas situações próximas a um limite prático.

A exceção de contrato não cumprido é um instituto renunciável. Da mesma forma que posso fazer uma cláusula limitativa de responsabilidade, posso estipular num contrato algo como: "o sujeito não poderá se valer da exceção de contrato não cumprido nesse contrato." Essa cláusula que afasta a *exceptio non adimpleti contractus* tem um nome específico: *solve et repete*⁶. Ela é tranquilamente decidida como nula nos contratos por adesão consumeristas, assim como a cláusula limitativa de responsabilidade.

A questão que se coloca é a seguinte: nos contratos por adesão, inclusive aqueles que se inserem em relações de consumo, é possível estabelecer ordem nas prestações. Ao se estabelecer ordem nas prestações, nós eliminamos a possibilidade de aplicação de exceção de contrato não cumprido, uma vez que ela pressupõe que as duas pretensões existam ao mesmo tempo. Nesse caso, não haveria um afastamento da exceção de contrato não cumprido, do mesmo jeito que temos com a cláusula *solve et repete*? Será que o estabelecimento de ordem nas prestações também deveria ser declarado nulo pelos nossos tribunais?

Vamos pensar em um contrato de prestação de serviços de telefonia móvel. Lá é estipulado expressamente que o consumidor deverá pagar primeiro e, depois, o serviço de telefonia móvel vai começar. Nesse caso, a ordem nas prestações afasta a possibilidade de aplicação da exceção de contrato não cumprido. Mas, afinal, eu já não estou tirando uma tutela do contratante na hora que eu estabeleço ordem nas prestações? Essa "renúncia tácita", termo que Giovanni Persico deu a essa situação⁷ e que segue sendo utilizado em Itália, não seria também nula?

Penso que não. A celebração de ordem nas prestações é

Milano: Utet Giuridica, 2008.

⁶ "Pague e depois reclame" em português.

⁷ Cf. PÉRSICO, Giovanni, *L'Eccezione d'Inadempimento*, Milano: Giuffrè, 1955,

estabelecimento de própria conveniência do programa contratual. Fazendo referência à palestra do professor Maurício Bunazar, conhecer a finalidade das disposições normativas que se ocupam das hipóteses de invalidade ajuda a compreensão do sistema e evita conclusões equivocadas. Não há propriamente uma preocupação do Estado e da ordem jurídica, melhor dizendo, em dar nulidade a esse tipo de disposição contratual nas cartilhas dos contratos por adesão, mesmo sendo consumerista.

O segundo e último ponto mostra a relevância do estudo comparado. Ele envolve uma questão muito sensível, que é propriamente a aplicação da exceção de contrato não cumprido em situações que há sinalagma entre pretensões restitutórias. Vou dar um exemplo: a empresa A e a empresa B celebram um contrato de compra e venda. A empresa A paga o preço e a empresa B entrega a coisa: o contrato está totalmente cumprido.

Ocorre que, alguns meses depois, o Ministério Público encontra no contrato suporte fático de uma hipótese de nulidade e, por isso, entra com uma ação declaratória de nulidade. A ação acaba por ser julgada procedente. Aplica-se, no caso do Direito brasileiro, o art. 182 do Código Civil, determinando que as partes tenham interesse negativo. Situação similar ocorre no Direito português. Haverá restituição simultânea das prestações às respectivas partes.

Entretanto, pergunta-se: “como o contrato entre empresa A e B foi declarado nulo, é estabelecido o comando judicial para que o valor e a coisa sejam devolvidos simultaneamente. A empresa A, portanto, exige da empresa B a devolução do preço. A empresa B pode opor exceção de contrato não cumprido?”

Pelo menos no Direito brasileiro, essa é uma pergunta sem solução. Não obstante, há solução positivada no Direito português, graças aos intensos esforços da doutrina portuguesa que participou das discussões da elaboração do código. É preciso dar atenção, em especial, ao trabalho de Adriano Paes Vaz Serra em

torno da exceção de contrato não cumprido⁸.

Em seu trabalho específico sobre o tema, ao tratar dessa situação que a doutrina portuguesa chama de “sinalagma invertido”, o autor nos fala que, se não houver solução positivada, será necessário recorrer à analogia – e isso dá trabalho desnecessário àquele que exerce atividade judicante. Vamos, portanto, indicar desde logo que é possível aplicar as disposições sobre a exceção de contrato não cumprido nas situações de pretensões restitutórias.

Infelizmente, nosso art. 182 não tem essa solução. A pergunta que se faz é a seguinte: “podemos trazer a exceção de contrato não cumprido para o Direito brasileiro mesmo sem um equivalente art. 290º do Código Civil Português?”

Refleti bastante sobre isso e já tive várias opiniões. Hoje, entretanto, entendo que a resposta é sim. A solução caminha pela analogia, já que nosso legislador infelizmente não teve o cuidado, a presença de Vaz Serra, para auxiliá-lo na elaboração dessa parte do Código Civil. Felizmente, o recurso à analogia é possível porque seus pressupostos estão presentes: há lacuna e há manutenção do fundamento.

Há sinalagma na exceção de contrato não cumprido da mesma forma que há sinalagma na situação das pretensões sinalagmáticas de restituição. Isso vale também para a declaração de nulidade, anulabilidade e, é claro, para a resolução do contrato, em que se verifica a necessidade das partes voltarem ao estado anterior. Se essas restituições forem sinalagmáticas e simultâneas, então é possível a aplicação do instituto nessas situações.

Meu objetivo com esta curta apresentação era realmente simples. Eu queria compartilhar com vocês algumas inquietações que eu tenho sobre a *exceptio non adimpleti contractus*, dizer que é uma oportunidade imensa e de fato um aprendizado muito grande a preparação para esta apresentação e ela já está

⁸ VAZ SERRA, Adriano Paes, *Exceção de Contrato não Cumprido*, In: Boletim do Ministério da Justiça, n. 67, 1957.

sendo ainda mais proveitosa com o acompanhamento das discussões.

Agradeço imensamente ao professor José Fernando Simão e ao professor Fernando Araújo pela oportunidade. Espero que as considerações que fiz tenham sido interessante para todos vocês como é, de fato, para mim. Muito obrigado.



BIBLIOGRAFIA

- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. 3, Barcelona: Jaime Molinas, 1889.
- GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. 3ª ed. Milano: Utet Giuridica, 2008.
- PÉRSICO, Giovanni, *L'Eccezione d'Inadempimento*, Milano: Giuffrè, 1955,
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, t. 6, São Paulo: RT, 2012
- VAZ SERRA, Adriano Paes, *Excepção de Contrato não Cumprido*, In: Boletim do Ministério da Justiça, n. 67, 1957
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A Obrigação como Processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

RELAÇÃO DE JULGADOS CONSULTADOS

- TJSP, Apel. 0015592-41.2011.8.26.0506, 23ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Paulo Roberto de Santana, j. 30.11.16
- TJSP, Apel. 1003302-74.2015.8.26.0008, 38ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Eduardo Siqueira, j. 15.07.16
- TJDF, Apel. 0024579-86.2013.807.0001, 2ª Turma Cível, relator Des. João Egmont, j. 10.06.15