

PREFÁCIO DE A *EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO*, DE JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA BIAZI

Fernando Araújo*



á-se agora à estampa este magnífico estudo de João Pedro Biazzi sobre a exceção de contrato não cumprido, que corresponde à tese de mestrado recentemente defendida, com sucesso máximo, nos claustros do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo**.

A “*exceptio non adimpleti contractus*”, também conhecida como “*exceptio inadimpleti [contractus] non est adimplendum*”, é uma figura central do direito privado, objecto de atenção imemorial da dogmática civilística; e, portanto, tema de extensa bibliografia, clássica e contemporânea, na qual se apoiam as subtis reflexões e os contributos originais do nosso autor.

Na sua índole própria, nas suas conexões, nas suas dependências e proximidades, a figura é de definição difícil, requerendo segurança no manejo das categorias jurídicas e na convocação de princípios gerais.

Como bem aponta o autor, a génese histórica desta “*exceptio*” no direito processual deixou nela marca perene; e, porque ela extravasou para os domínios da tutela extrajudicial do sinalagma contratual, configurando-se agora como um contradireito que defronta e paralisa, ou “encobre”, como auto-tutela de uma parte devedora, a eficácia das pretensões creditícias da contraparte inadimplente – por mais válidas que estas sejam –, é nela discernível ainda a matriz dinâmica e flexibilizadora do “*ius*

* Professor Catedrático da FDUL.

** Biazzi, João Pedro de Oliveira (2019), *A Exceção de Contrato Não Cumprido no Direito Privado Brasileiro*, Rio de Janeiro, GZ Editora.

honorarium”, o mesmo que permitiu a interposição de salvaguardas de justiça material na lide, entre as alegações da “*intentio*” e as consequências, para o demandado, da “*condemnatio*” por um adjudicador externo.

Todavia, como bem sublinha o autor, na figura analisada encontramos agora uma exceção “substantiva”, ou “material”, que evoluiu de uma exceção meramente “processual”, vocacionada para travar o andamento judicial de uma lide, para passar a operar na própria esfera do direito subjectivo do demandante, atingindo “*motu proprio*”, e de forma dilatória ou suspensiva (não-peremptória), a eficácia da posição jurídica deste – até que esse inadimplente inicial satisfaça os direitos protegidos pela exceção, restaurando o elo sinalagmático que exista na relação contratual.

De facto, a “*exceptio non adimpleti contractus*” está intimamente relacionada com a bilateralidade contratual, no que ela denota de interdependência e mutualidade das prestações a que as partes estejam adstritas, e no que ela sugere de comutatividade “relacional” na representação que as partes façam dos seus vínculos (o “toma lá, dá cá”, o “dou para que dê”, o “faço para que faças”, e diversas cambiantes conceptuais em torno do arquétipo do “*tu quoque*”), espelhando a complementaridade nas trocas que é resultado directo da anterior divisão social do trabalho e da especialização das funções: as partes são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras uma da outra, e é-lhes consentida a auto-tutela de fazerem depender o cumprimento dos seus deveres de um grau aceitável de satisfação dos seus créditos sobre a contraparte, de modo a que o incumprimento de uma possa legitimar o incumprimento da outra, (e daí que possa encontrar-se, na génese da “*exceptio non adimpleti contractus*”, a mais restrita “*exceptio mercis non traditae*” da compra e venda).

A própria irrecuperabilidade, ou irreversibilidade pragmática, das vantagens causadas pela satisfação dos créditos da contraparte num contrato bilateral deixam a parte que seria

adimplente sem armas que incentivem a contraparte inadimplente ao cumprimento dos seus próprios deveres, quebrando-se a corresponsabilidade que justificaria o primeiro cumprimento, e que torna a relação contratual comutativamente justa. O cumprimento, já com o sinalagma ferido, seria para a parte “inocente” um risco acrescido de frustração dos seus objectivos contratuais, e uma porta aberta para o locupletamento injustificado da contraparte.

A adstricção ao cumprimento pontual, completo e rigoroso dos deveres nascidos do contrato é assim suspensa pelo “incumprimento legitimador” de uma das partes, e à outra parte dá-se a faculdade de desviar-se da conduta de princípio, que não lhe permitiria libertar-se da sua adstricção, num gesto de “justiça privada”, invocando a perfídia da contraparte.

A regra “*servanda autem fides etiam perfidis*” (atribuída a Grócio) é, literalmente, suspensa, em favor de uma faculdade de recusa e de temporária auto-tutela assente na igualdade das partes, que não devem a boa fé a quem quebrou a confiança (“*frangenti fidem fides non est servanda*”); o que por sua vez significa que o “incumprimento inicial” tem que ter gravidade suficiente, tem que afectar visivelmente o sinalagma, para que se tenha por legitimada a invocação da excepção (a qual evidentemente está sujeita, ela própria, a princípios gerais de legitimidade e de abuso de direito).

Todavia, uma certa neutralidade na distribuição de riscos contratuais (que se presume, ao menos no tronco básico do Direito Civil, poderem ser livremente divididos entre as partes através da negociação, com o contrabalanço eficiente do preço) aconselha que se limite a “*exceptio non adimpleti contractus*” à corresponsabilidade entre prestações simultâneas – ou, na hábil formulação do art. 428º do Código Civil português, sem prazos diferentes –.

Daí que não tenha normalmente consagração a chamada “*exceptio timoris*”, a “excepção de insegurança”, um remédio

para contratos sinalagmáticos com cumprimentos não-simultâneos das prestações, com prestações não simultaneamente exigíveis, e que normalmente será redundante face ao regime de conservação da garantia patrimonial do cumprimento (e face a efeitos como o da perda de benefício do prazo), sendo por isso dispensável; e mais dispensável ainda, na teoria e na prática, se através da “*exceptio timoris*” se julgasse poder estabelecer uma versão preventiva da “*exceptio non adimpleti contractus*”. Ocasionalmente essa outra exceção encontra apoio normativo, todavia, na figura da “*anticipatory breach*”, como ela é prevista pelo art. 71 da Convenção de Viena para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG).

Correspectividade não significa paridade, como bem sublinha João Pedro Biazzi, nem significa equivalência, nem tão-pouco onerosidade contratual – ainda que não possa excluir-se, dada a liberdade contratual, que a preservação da onerosidade dentro de certos limites tenha sido determinante para o sinalagma que presidiu à gênese do contrato ou à subsistência do vínculo contratual –. Significa, antes e mais simplesmente, que foi essencial para a decisão de contratar, e para a decisão de permanecer no contrato, a interdependência das posições, traduzida na ideia de que cada parte exige mas só pode fazê-lo porque lhe é exigível uma contrapartida, sem a qual ela nada pode exigir; e cada parte deve na estrita medida em que também lhe é devido – isto, independentemente, insiste-se, da comparação de valor entre ambos os direitos ou ambos os deveres. Como sublinha o nosso autor, “*ao tutelar o sinalagma, o sistema jurídico preserva a liberdade que as partes têm de construir, sob seus próprios critérios, relações de correspectividade e correspondência*”.

Independentemente de qualquer onerosidade, como também se refere no texto, é possível às partes reforçarem o seu apego ao sinalagma; ou, pelo contrário, prescindirem dele, seja estabelecendo prazos diferentes para as prestações das partes, seja estatuindo uma cláusula de “*solve et repete*”,

abstractamente admissível à luz da liberdade de conformação do conteúdo dos contratos (embora dentro de balizas de paridade mínima de poder negocial entre as partes).

Refira-se, de passagem, que a expressão “exceção de contrato não cumprido”, utilizada na doutrina e na jurisprudência brasileiras, induz um pouco em erro, ao sugerir que a figura se centra no incumprimento definitivo da globalidade do contrato, o “contrato não cumprido”, o que tornaria nebulosa a distinção face à denominada “condição resolutiva tácita” e apontaria para a definitividade e para a potestatividade na destruição do vínculo – quando na verdade ela opera, de modo meramente dilatatório, relativamente a deveres e direitos no “interior” do contrato, podendo analisar-se prestação a prestação, sempre que numa só prestação, independentemente de todas as outras, seja já discernível a presença do sinalagma e a vantagem estratégica de se conferir à parte “inocente” um meio expedito e informal de auto-tutela do seu interesse.

Daí que pareçam preferíveis a designação “exceção de não cumprimento do contrato” (art. 428º do Código Civil português), ou a designação “retenção de cumprimento” (a “*performance withholding*” do art. 7.1.3 dos Princípios *Unidroit*, do art. 9:201 dos *Principles of European Contract Law* (Lando), dos arts. 113 e 133 da *Common European Sales Law*, da regra III.-3:401 do *Draft Common Frame of Reference*).

A parte recusa legitimamente cumprir a sua parte, tomando a iniciativa de uma atitude policiadora e auto-reguladora do “interior” do contrato, que a lei autoriza por reconhecer que é com maior eficiência, com maior proximidade e celeridade, com maior conhecimento de causa e com menor desperdício de tempo e de meios, que a parte “vítima”, a parte “fiel”, é capaz de reagir a inadimplementos que atinjam o sinalagma contratual – bloqueando as pretensões creditícias da contraparte de forma temporária, recusando o cumprimento, sem que isso signifique mora ou incumprimento definitivo (mantendo-se “imune” à

pressão do inadimplente inicial), e isto até que a corresponsividade, a simetria de direitos e deveres, esteja novamente reposta por iniciativa do primeiro inadimplente, ou se revele irremediavelmente perdida.

Por outro lado, de um ponto de vista estratégico, a faculdade de “retenção de cumprimento” pode constituir um poderoso incentivo ao cumprimento da contraparte, a primeira que incumpriu: pois esta fica directa e imediatamente privada da vantagem que lhe adviria do adimplemento dos deveres pela parte que, estando disposta a cumprir, reteve depois o seu cumprimento (“*the principal self-help remedy in contract is the power to withhold performance in response to breach*” - Mark P. Gergen [2009], “A Theory of Self-Help Remedies in Contract”, *Boston University Law Review*, 89, p. 1398).

É um tipo de retaliação que é dominante em interacções longas sujeitas ao escopo da reciprocidade – a chamada “estratégia *tit-for-tat*”, que poderemos traduzir livremente como “amor com amor se paga”; no caso, especificamente respondendo com incumprimento ao incumprimento, fazendo experimentar, ao primeiro inadimplente, os efeitos reflexos da sua própria atitude.

Daí, portanto, que essa faculdade de “reter o cumprimento”, excepcionando a conduta devida, possa constituir o fundamento estratégico do contrato “relacional”, aquele que vai progressivamente dispensando o apoio da norma jurídica externa, “heterónoma”, em favor da genuína autonomia da interacção entre as partes, capazes de sedimentarem a complementaridade dos seus interesses e as suas interdependências em soluções concretas de cumprimento pontual de deveres e de satisfação completa de direitos, e em estruturas de governança contratual que não redundem na sujeição de uma parte à outra. A Teoria dos Jogos e a Análise Económica do Direito têm aqui campo fértil para prosseguirem na exploração do contrato a partir desta figura da excepção de contrato não cumprido.

Vai longo este Prefácio, e a sua extensão só se justifica pelo interesse do texto primoroso que, com agilidade, conhecimento da doutrina e da jurisprudência, capacidade de síntese e de convocação criativa de conceitos díspares, domínio das categorias, com sobriedade e com segurança que não deixam de modo algum transparecer a juventude do próprio autor, João Pedro Biazi publica neste fascinante tema da Ciência do Direito.

Desafio o leitor a acompanhá-lo nas páginas que se seguem, nesta primeira monografia de um pesquisador e pensador de talento, do qual muito se espera, em benefício da academia e para progresso da ciência jurídica brasileira e internacional.