

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Juliana Álvares Machado

**EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO:
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

JUIZ DE FORA

2010

JULIANA ÁLVARES MACHADO

**EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO:
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação do Professor FLÁVIO HENRIQUE SILVA FERREIRA.

JUIZ DE FORA

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

Juliana Álvares Machado

**EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO:
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Monografia de conclusão de curso,
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora como
requisito à obtenção do título de bacharel
em Direito, sob orientação do Professor
FLÁVIO HENRIQUE SILVA FERREIRA.

Aprovado em ____/____/____

Prof. Flávio Henrique Silva Ferreira (orientador)

Prof^a. Kelly Cristine B. Sampaio

Prof^a. Clarisse Farhat Jorge

Juiz de Fora

2010

RESUMO

O contrato é, por excelência, o instrumento regulador dos interesses intersubjetivos no cenário jurídico atual. Dada sua amplitude teórica e prática, o estudo dos institutos dele decorrentes se mostra de suma importância.

Inspirado pela orientação da dinâmica relacional que enxerga a obrigação como um processo, este trabalho aborda os aspectos mais relevantes da exceção de contrato não cumprido, tido como o remédio contratual apto a coagir o adimplemento.

O estudo partiu da análise contextualizada da finalidade e da força do vínculo obrigacional. Por conseguinte, foram traçados os pontos principais do instituto, pautados nos critérios principiológicos da boa-fé objetiva, da equidade e, principalmente, da proporcionalidade entre o inadimplemento de uma parte e a recusa em cumprir da outra.

Superada esta etapa, procurou-se delimitar o âmbito de aplicação deste remédio contratual, especificando os pressupostos de seu emprego e distinguindo-o de figuras congêneres, em prol de uma maior precisão técnica. Explicitaram-se ainda seus efeitos e implicações para as partes ante sua aposição.

Postos os fundamentos do instituto, foi realizada um exame sistemático de decisões jurisprudenciais, segundo parâmetros pré-fixados neste trabalho, a fim de estabelecer se as deliberações exaradas são capazes de atender aos interesses aspirados pelos contratantes no momento inicial do ajuste.

RESUMO.....	9
1 INTRODUÇÃO	12
2 A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS.....	15
3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO.....	17
3.1 Conceito	17
3.2. Noções históricas.....	18
3.3. Natureza jurídica.....	20
3.4. Fundamento Jurídico	22
3.5. Critérios principiológicos	25
4 HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	28
4.1. Pressupostos de aplicabilidade	28
4.1.1. Nexo obrigacional.....	28
4.1.2. Relevância da obrigação principal e acessória.....	33
4.1.3. Exigibilidade do crédito	36
4.2 Direito absoluto ou relativo	38
4.3 Adimplemento insatisfatório	40
5 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE INSTITUTOS SIMILARES	43
6 A POSTURA DOS TRIBUNAIS	46
6.1 Soluções possíveis e suas variáveis	46
6.2 Exame crítico do emprego do instituto.....	48

6.2.1 Exceção total	49
6.2.1.1	49
6.2.1.2	Erro! Indicador não definido.
6.2.1.3	Erro! Indicador não definido.
6.2.2 Exceção parcial	51
6.2.2.1.	54
6.2.2.2.	56
6.2.2.3	Erro! Indicador não definido.
6.2.3. Não acolhimento da exceção	58
6.2.3.1.	58
7 CONCLUSÃO	61

1 INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos são formados a partir de declarações de vontade. Emanadas com alguma finalidade e conforme o ordenamento legal, estas são hábeis a produzir resultados jurídicos perseguidos pelos agentes. Assim, o negócio jurídico existe destinado a produzir seus efeitos.

Todo negócio jurídico é precedido de uma causa, a qual constitui a razão de direito determinante do ato. Dessa forma, num contrato de compra e venda, por exemplo, o fim objetivo perseguido pelo vendedor é a obtenção do preço, enquanto que pelo comprador, o recebimento da coisa.

Se uma das partes frustra os efeitos outrora almejados, o ordenamento oferece duas soluções. Ante a inviabilidade absoluta da prestação concretizar-se, a relação jurídica pode ser extinta. Porém, realizável ainda a obrigação, não há obstáculo à manutenção do negócio, sendo facultado ao membro prejudicado suspender o curso normal vínculo até sua regularização.

Parte-se do princípio de que ambos os contratantes estão sujeitos ao cumprimento estrito das cláusulas contratuais. Mas, se um deles não executa sua parte ou a faz de maneira incompleta há quebra da confiança originária, que fora depositada no adimplemento absoluto. Assim, com vistas a solucionar a questão e a restabelecer o equilíbrio contratual, o ordenamento deixa a disposição da parte prejudicada diversos remédios, dentre os quais, a exceção de contrato não cumprido.

Considerando a relação obrigacional como um processo, cujo objetivo é o adimplemento, temos que a exceção de inexecução é um meio protetivo dos interesses tanto do credor quanto do devedor.

A autonomia da vontade faculta às partes afastarem o dever de execução simultânea das obrigações sinalgmáticas. Ao estabelecerem uma ordem de cumprimento, esta deve ser seguida. Caso contrário, a parte obrigada a cumprir *a posteriori* pode, provisoriamente, suspender seu cumprimento até o implemento do dever prévio da contraparte. Igual conduta pode ser adotada por aquele obrigado ao adimplemento *a priori*, até que seja oferecida caução idônea pelo outro contraente, premido de escassez patrimonial.

A tese do cabimento do instituto da *exceptio non adimpleti contractus* é questão redundante no atual cenário jurídico, haja vista a importância do instrumento contratual no condicionamento da vida em sociedade. Assim, torna-se imperioso a problematização da aplicabilidade concreta do referido remédio pelos tribunais.

Por se tratar de um recurso afeto a um dos institutos jurídicos mais importantes da autoregulação individual, que é o contrato, o tema se revela de suma importância e contemporaneidade.

Com este objetivo, será feita uma apreciação de decisões judiciais paradigmáticas, nas quais serão analisados o reconhecimento ou não da *exceptio*, bem como a correção de seu emprego.

Portanto, o escopo do exame substancial das decisões exaradas pelos tribunais, a partir das possibilidades doutrinárias, será compreender, de forma crítica, as significações explícitas ou ocultas nelas consubstanciadas, verificando suas influências no contexto social, bem como sua aptidão para atender aos anseios de ambas as partes.

Conseqüentemente, se convergirá para um conjunto de microdecisões sistematizadas no intento de validar um conhecimento coletivamente criado, selecionando estratégias de ação mais adequada à solução dos problemas.

Estruturalmente, o presente estudo utiliza como técnica de coleta de informações a documentação indireta: pesquisa documental - estudo da legislação brasileira, sentenças e acórdãos; pesquisa bibliográfica, no ramo de conhecimento do Direito Civil, em específico no tocante à matéria contratual.

A técnica de pesquisa aplicada é a dogmática, haja vista o foco na ordem jurídica e no seu conteúdo normativo, partindo da interpretação legal, judicial e doutrinária.

A proposta consiste na extração do conhecimento a partir de evidências concretas passíveis de serem generalizadas. Assim, a abordagem do tema será feita através do método discursivo indutivo.

Para tanto, se procederá ao estudo de casos particulares, a fim de construir uma unidade significativa do todo, mediante a ordenação da experiência e sua avaliação analítica.

Na esteira da tese da obrigação como processo, proposta por Couto e Silva, será avaliado o instituto da *exceptio*. Nos seus termos, a dinâmica das relações obrigacionais exige a cooperação mútua das partes para a consecução da finalidade

por elas almejada, qual seja, o adimplemento. “Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” ¹.

Portanto, pautada na concepção finalística das obrigações, será examinada a estrutura dinâmica da relação obrigacional, vista sob o ângulo da totalidade.

¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 20.

2 A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

Pacto celebrado entre duas ou mais pessoas, o contrato tem por objetivo "adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos" ². Fruto da vontade livre e consciente, ele representa uma espécie de norma privada reguladora dos interesses divergentes das partes, imperioso à marcha da economia.

O contrato é o veículo jurídico, por excelência, que regula a circulação de bens e riquezas. Através do arranjo contratual se estabelece um elo entre sujeitos, com o fito de transacionarem excedentes produtivos. É um instrumento, formado pela lei das partes, que liga os pólos mediante um vínculo obrigacional.

O vínculo estabelecido pelo pacto ostenta status jurídico. Ao desempenhar uma função semelhante às normas de direito, impelem nos sujeitos um sentimento social cogente de comportarem-se de acordo com o pactuado.

No direito romano, a assunção de simples compromisso não era suficiente para criar obrigações. Formalistas por excelência, os antigos exigiam a exteriorização de elementos materiais para a formação de um vínculo capaz criar direitos e deveres para ambos.

A seu turno, os canonistas prestigiavam a obrigatoriedade dos contratos em razão dos valores da palavra e do compromisso assumido. Dada a sacramentalidade reinante à época, o descumprimento do ajuste era associado ao pecado e à mentira.

Numa concepção tradicional, por conjugar vontades livres e exprimir os anseios das partes, o contrato ostenta força obrigatória e, por isso, suas cláusulas devem ser rigorosamente cumpridas. Os pensadores do século XIX defendiam que o mercado equilibrava de interesses econômicos dos contratantes, sendo contrários a qualquer interferência externa no ajuste, mesmo que o cumprimento da avença pudesse arruinar um dos participantes.

O avançar do século revelou que a liberdade dos indivíduos em contratar era insuficiente para assegurar um real equilíbrio de forças entre eles. Neste instante, a atenção dos doutrinadores, inspirados nos ideais da justiça comutativa, se deslocou para os princípios da ordem pública, como forma de limitar a autonomia da vontade e balancear os impactos advindos do ajuste. A partir de então, a rígida ligação

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, vol. III, p. 7.

intersubjetiva cunhada pela avença passou a ser relativizada, ante a exigência de integrar a função social e a boa fé nos contratos.

A funcionalização do instrumento contratual suplanta o plano individual para atingir o patamar do interesse coletivo, o qual irá legitimá-lo e servi-lhe de medida.

Conseqüentemente, como efeitos dos postulados da função social do contrato e da boa fé no princípio da obrigatoriedade, após a celebração do pacto, as partes não gozam de legitimidade para se arrependerem ou para extinguir prematuramente o vínculo sem a aquiescência do outro.

A boa fé objetiva em seu aspecto positivo determina a adoção de um comportamento ostensivo pelas partes, a fim de que ambas atinjam o resultado desejado com máximo proveito. Para tanto, impõe deveres de cooperação, de correção, de cuidado, de segurança, dentre outros.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

3.1 Conceito

A formulação latina *exceptio non adimpleti contractus* é uma causa impeditiva, ou mais corretamente, suspensiva da exigibilidade da prestação, disponível para aquele que, a despeito de não estar obrigado ao cumprimento prévio, se vê cobrado, pela outra parte, a adimplir sua prestação. Representa um motivo justificador do descumprimento.

Também pode ser aposto pelo devedor diante insuficiência econômica do credor capaz de afetar a contraprestação. Neste caso, não existe a concreta falta de pagamento (mora). O que se vislumbra é uma presunção real, baseada no estado de fato do credor que pode vir a impedir a satisfação dos compromissos por ele assumidos. Há nítida ausência ou escassez de recursos necessários ao cumprimento das obrigações futuras. Tal situação é revelada pela inferioridade do ativo em relação ao passivo, de forma que o credor não se encontra em condição de saldar todos os seus pactos, pois o montante de seus bens livres e desimpedidos (ativo) é inferior a soma do que tem a pagar (passivo).

É uma garantia implícita nos contratos bilaterais, cujo objetivo é restabelecer o dever de execução simultânea, próprio das obrigações sinalagmáticas.

O vocábulo "sinalagmático" provém do grego *synallagma*, que denota contrato. Portanto, nesta esteira, doutrinadores sustentam a imprecisão terminológica da expressão "contrato sinalagmático", por constituir injustificado pleonasma. Argumentam ser maior o rigor técnico da fórmula "contrato bilateral", a significar o contrato em que há obrigações dos dois lados. Não obstante o cotidiano revela a freqüência do emprego da primeira fórmula.

Nos pactos bilaterais, o liame que se estabelece entre os sujeitos é correspectivo, na medida em que as obrigações de cada um dos pólos são reciprocamente consideradas conexas, de modo que cada uma das partes é, a um só tempo, credora e devedora da outra. Nos contratos sinalagmáticos, prestação e

contraprestação concorrem entre si, de modo a existir uma interdependência recíproca entre as obrigações correlatas, constituindo uma a razão de ser da outra.

Discussão doutrinária surge para explicar a relação de dependência recíproca oriunda de um mesmo contrato. Nesta seara se destacam três correntes explicativas. A primeira defende a conexão das prestações do contrato sinalagmático na sua origem. A outra afirma que tais prestações se entrelaçam por ocasião do funcionamento contratual, isto é, durante a fase executiva. Por sua vez, a última tese, defendida por Gino Gorla³ numa atitude conciliadora, argumenta que as referidas obrigações sinalagmáticas se ligam genética e funcionalmente.

Adepto a vertente conciliatória, Serpa Lopes abaliza que a *exceptio non adimpleti contractus* "é uma forma de justa recusa ao cumprimento de uma prestação dependente do concomitante cumprimento da que toca à outra parte contratante, oriunda, geneticamente, do mesmo contrato e funcionalmente vinculada as prestações uma à outra"⁴. É passivo ato de defesa, cujo objetivo é paralisar a ação da parte omissa com seus deveres.

Os contratos bilaterais pressupõem reciprocidade e interdependência entre as prestações, de modo que cada uma se estabeleça como causa jurídica da outra. Assim, se manifestaram Colin e Capitant⁵: "Nos contratos sinalagmáticos, as obrigações recíprocas das partes se servem mutuamente de causa, ou seja, de suporte jurídico".

Isto posto, para que se lhes possa aplicar o remédio defensivo em estudo, as prestações devem ser simultâneas, isto é, realizáveis ao mesmo tempo, não obstante ser possível sua alegação nas execuções sucessivas de obrigação única, nas quais as partes livremente acertam uma ordem de implementação, promovendo uma a seguir da outra.

3.2. Noções históricas

O vocábulo *contractus* significa contrair, especificamente, obrigações. Numa acepção mais ampla, os romanos aplicavam os termos *conventio* (convenção), *cum venire* (vir junto) e *pacis si* (pacto).

³ Citado por Serpa Lopes, Curso de Direito Civil,... , p. 165.

⁴ Serpa Lopes, Curso de Direito Civil,... , pp. 165 e 166.

Com vistas a relativizar os rigores da força obrigatória dos contratos, propagada pelos romanos através do brocado *pacta sunt servanda*, foi se desenvolvendo os primeiros contornos do instituto da exceção de contrato não cumprido.

Frederic Girard⁶ aponta a origem do instituto para o direito romano. Entretanto, seguidores de Cassin⁷, dentre os quais Serpa Lopes e Caio Mário da Silva Pereira, remotam sua gênese aos canonistas.

Os defensores da primeira tese argumentam que os canonistas se limitaram a compilar os textos dos juristas romanos. Estes, primados por um excesso formalista, já traziam implícita na noção de contrato a cláusula *pacta sunt servanda*, segundo a qual os contratos devem ser cumpridos, pois fazem lei entre as partes. Contudo, a despeito do conhecimento e dos usos pontuais do instituto pelos romanos, não se lhes atribui a sua sistematização.

Não obstante aceitar a tese do cumprimento fiel e integral da avença, o direito canônico relativizou a noção de contrato, pautado no ideal de equidade com vistas a evitar injustiças. Em primeira linha, com a máxima *rebus sic stantibus*, que almejava manter a situação contratada em seus termos originários. Assim, só seria exigido o exato cumprimento do acordo se houvesse equivalência fática entre os momentos de sua conclusão e execução. Caso contrário, seria necessário equacionar as prestações conforme o ajuste inicial ou então, sendo inviável o referido recurso, extinguir o vínculo por onerosidade excessiva. Num segundo momento, com a regra *frangenti fidem, fides frangatur idem*, os canonistas buscavam desonerar do compromisso um contratante frente à inadimplência do outro.

Também espelhados na noção de dar a cada o que é seu, os canônicos entendiam que um dos contraentes não pode exigir a satisfação da obrigação da contraparte se ainda não cumpriu sua parcela prometida no mesmo contrato. Representava a retenção do crédito até a liquidação do débito alheio. Em latim, é a expressão *exceptio non adimpleti contractus*.

⁵ Citados por Humberto Theodoro Jr., O contrato e seus princípios, 2a ed.,... , Aide, 1999, p. 82.

⁶ Citado por Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, vol. III, p. 159.

⁷ Citado por Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, vol. III, p. 159.

Os canonistas ainda precisaram que em determinada espécie de contrato bilateral, qual seja, o sinalagmático, há um liame entre as prestações não só no instante de sua gênese, mas também no momento executório.

Nos séculos XVI e seguintes, o instituto foi relegado ao desuso⁸. Só retomou a importância no período em que o Estado passou a regular a sociedade e a economia, a fim de evitar abusos e de estabelecer um equilíbrio entre a vontade geral e a particular.

Amparados pelo princípio da igualdade material dos indivíduos, diversos diplomas normativos surgiram em proteção dos economicamente mais fracos. Hodiernamente, a exceção de contrato descumprido é reconhecida pela maioria dos ordenamentos modernos, disposta de forma implícita, como nos sistemas de *common law*, ou em legislação expressa, a exemplo da brasileira, que a ostentava no artigo 1.042 do Código Civil de 1916, disposição recepcionada pelo diploma de 2002 nos artigos 476 e 477.

3.3. Natureza jurídica

Afeta à matéria da extinção contratual, a exceção de contrato não cumprido faculta o descumprimento da avença impelido por uma inexecução anterior ou, então, por um comprometimento financeiro capaz tornar dúbia a realização da parcela futura. Sob este enfoque o instituto representa uma proteção conferida pelo ordenamento ao contraente que, com justa razão, não deve ser compelido a satisfazer seu débito em momento precedente ao outro co-obrigado ou, apenas na segunda hipótese, antes do oferecimento de uma garantia de solvabilidade.

⁸ Fernando Noronha. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. Pág. 66. “Essa situação era garantida pela própria jurisprudência da época e bem refletida pelos célebres pronunciamentos, um na Inglaterra outro nos Estados Unidos. ‘Em 1875, Sir George Jessel que era Máster of the Rolls e de quem se afirmava ter sido ‘one of the greatest judges of the nineteenth century’, fundamentava uma decisão dizendo que, ‘ se existe uma coisa que a ordem pública (public policy) exige mais do que qualquer outra, é que as pessoas de maior idade e perfeito discernimento (men of full age and competent understanding) devem ter a máxima liberdade de contratar (the utmost liberty of contracting), e que os seus contratos, quando assumidos livre e voluntariamente (when entered into freely and voluntarily), devem ser considerados sagrados e devem ser tutelados pelos tribunais (shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice). Em 1905, a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucionais leis sobre salários mínimos e duração máxima da jornada de trabalho, argumentado tratar-se de injustificada interferência com a liberdade e a propriedade (unwarranted interference with liberty and property)”.

Assim, não consiste numa estrutura com o objetivo de reparar os pólos da ação e, dessa forma, sustentar a posição de credor daquele que foi inicialmente demandado como devedor. Antes importa num mecanismo defensivo do aparente devedor do ajuste, com arrimo na reciprocidade das obrigações sinalagmáticas.

Como toda exceção, trata-se de um meio de defesa processual. Enquanto a ação representa, processualmente falando, um meio de ataque, a exceção é sempre um instrumento de defesa, invocado pelo réu, para paralisar a investida do autor. (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Vol. 30^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85.)

Por não representar uma defesa de mérito contraposta ao direito do autor, isto é, por não negar a existência abstrata do direito em que se funda a pretensão, o instituto é não um meio impugnativo, mas sim é um modo de defesa por exceção que tenciona paralisar a demanda.

Veicula pretensão atinente ao direito substancial, porquanto o excipiente argüi causa suspensiva e provisória da exigibilidade da obrigação, contrapondo à eficácia da obrigação, e não à sua existência. É momentânea, pois adimplida a prestação que cabia ao excepto, a demanda poderá ser retomada ou proposta novamente na hipótese de não cumprimento simultâneo do devedor. Com efeito José María Gastaldi e Esteban Centenaro afirmam:

La excepción de incumplimiento es una excepción dilatoria, mas no en sentido procesal, sino de fondo, toda vez que se funda en el incumplimiento de una obligación contractual, y si es dilatoria lo es porque autoriza a la contraparte a postergar el cumplimiento del contrato y no la prosecución del juicio. (...) 9.

Doutro lado, entende o eminente ministro aposentado do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁰, que a *exceptio* pode ser veiculada como matéria de defesa meritória na ação de resolução contratual, já que se propõe a refutar a alegação de culpa do demandado na dissolução prematura do liame.

Por conseguinte, ao analisar o cabimento do instituto, não cabe avaliar sobre o demérito da inadimplência, haja vista a desnecessidade de aferir a culpa do devedor. Nenhum dos contraentes negam a existência da obrigação. O que é contestada é a

⁹ Gastaldi, José María e Centenaro, Esteban. Excepción de incumplimiento contractual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 31-32.

¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 222-223.

exigibilidade do débito, ante o descumprimento da parcela contratual afeta ao demandante ou a sua precariedade financeira.

Não há qualquer questionamento do motivo que ensejou o inadimplemento. Vislumbra-se tão somente um contexto fático no qual uma das partes rompe a normalidade do fluxo contratual e, por conseqüência, a finalidade do vínculo.

Deste modo, a exceção de contrato não cumprido revela-se um meio de coercitivo e de garantia, já que funciona, respectivamente, como forma de impelir o cumprimento simultâneo e como elemento protetivo do devedor em face da penúria econômica do credor passível de afetar a contraprestação de direito daquele. Assim entende o autor português João Calvão Silva:

A *exceptio non adimplenti contractus* desempenha dupla função: a função de garantia e a função coercitiva. A função de garantia, porque permite ao excipiens garantir-se contra as conseqüências, presentes ou futuras, do não cumprimento da(s) obrigação (ões) recíproca(s) do devedor. A função coercitiva porque constitui também um meio de pressão sobre o contratante inadimplente, para este cumprir.¹¹

Portanto, a exceção de contrato não cumprido tem natureza jurídica de exceção material dilatória, cuja essência é coercitiva e assecuratória, mas não sancionatória, cujo objetivo é restabelecer o equilíbrio entre as partes.

3.4. Fundamento Jurídico

A averiguação das razões de direito em que se funda a exceção de contrato não cumprido são importantes para sua análise tanto teórica quanto prática. O fundamento jurídico representa o motivo determinante e justificativo da lei facultar a da aplicabilidade do instituto por uma das partes perante o inadimplemento ou o não oferecimento de cumprimento simultâneo pela contraparte ou, ainda, diante de patente escassez patrimonial superveniente de um dos pólos capaz de comprometer sua contraprestação.

¹¹ Silva, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

Segundo a corrente voluntarista, a exceção de contrato não cumprido é uma cláusula resolutiva tácita. Ou seja, a despeito da sua não previsão expressa no contrato pelas partes, a *exceptio* constitui uma disposição implícita almejada pelos contratantes, na mesma esteira da resolução contratual.

Concebem que, se perante a inadimplência de uma das partes a outra pode resolver a avença extinguindo o vínculo que não lhe é mais interessante, com mais razão poderia esta última excepcionar o contrato condicionando o seu cumprimento à prestação da primeira, na hipótese de vislumbrar maior utilidade na satisfação da avença do que na sua resolução.

Não mais reinante, a mencionada teoria padeceu de diversas críticas, dentre as quais relativas à presunção calcada na autonomia da vontade e eivada de exacerbado subjetivismo. Não distinguia entre os pressupostos aptos a ensejar a extinção do ajuste ou a simples suspensão do encargo com a conservação do vínculo. Tal indiferença poderia, ainda, propiciar vantagens aquele que não tivesse mais interesse em manter o contrato, independente de sua responsabilidade por perdas e danos, o qual poderia simplesmente não adimplir sua parcela.

Outrossim, a exceção de descumprimento não representa uma cláusula contratual acessória, conforme subentendido pelos voluntaristas. Antes, o instituto procura proteger o cumprimento da prestação principal do ajuste.

Apoiados em diverso sustentáculo, a teoria causalista abaliza a exceção de inexecução na causa do negócio jurídico, ou seja, no motivo preponderante de uma parte se vincular a outra.

Em caráter subjetivo, a causa seria os motivos determinantes que impulsionaram o contratante a concluir o ajuste, exercendo papel influente na formação da vontade. Sob enfoque objetivo traduz-se na função econômico-social própria dos negócios jurídicos válidos.

Nos contratos bilaterais, uma obrigação constitui a respectiva razão de ser da outra. Todavia, não é possível considerar que o descumprimento por um dos pólos leva a supressão da causa da prestação conexa. Sendo o negócio válido, perfeito e acabado, assim ele permanece. O que ocorre é tão somente a inexigibilidade da contraprestação pelo faltante.

Outra tese, largamente difundida entre os italianos, prega como substrato da *exceptio* a correspectividade das obrigações sinalagmáticas. Porém, é alvo de censuras por subverter a ordem estrutural dos conceitos, já que é o nexo de interdependência das

obrigações nos contratos bilaterais que fundamenta a exceção de descumprimento, e não o contrário como prega a dita proposta.

Por conseguinte, pautados pelo ideal de justiça e de comutatividade das relações intersubjetivas, diversos doutrinadores afirmam ser a teoria da equidade apta a fundamentar o instituto. Nos seus termos, a exceção de descumprimento é acolhida pela lei na medida em que serve para tutelar a igualdade e a justeza que devem existir nas relações interpessoais e, por consequência, nos contratos entre elas ajustado. Nas palavras de Ripert,

a idéia profunda (subjacente às diversas teorias que explicam a resolução por incumprimento) é sempre a mesma: o contrato deve ser respeitado quando é concluído, porque responde a fins legítimos das partes; posteriormente ficou desequilibrado, por falta imputável a uma das partes ou por caso fortuito ou de força maior. Executar este contrato «coxo» seria simplesmente imoral.¹²

O adimplemento, fim almejado pelas partes desde o momento da conclusão do negócio jurídico, é protegido pelo ordenamento enquanto se mostre equânime e probó. Pois, é adverso à boa fé e ao justo exigir o cumprimento de outrem sem antes ou simultaneamente desempenhar seu dever.

Por derradeiro, oportuno salientar a posição sustentada por José João Abrantes. Entende o autor português que a lei tutela a conservação do contrato na medida em que ele possa ser executado na sua totalidade, como uma unidade incindível de prestações reciprocamente consideradas. Destarte, o fundamento jurídico da *exceptio* residiria na "execução total do contrato – isto é, na execução de um todo indivisível composto por ambas as obrigações sinalagmáticas"¹³.

Isto posto, a exceção só é aplicável se ainda for possível a realização integral do contrato, tido como incindível e formado por obrigações conexas e diametralmente opostas. Pois, sendo inviável ou desinteressante a execução da prestação, só resta ao contratante prejudicado o remédio resolutivo da avença e o consequente rompimento do vínculo obrigacional.

Nesta medida, a exceção de descumprimento importa em um meio coercitivo aposto contra o devedor solvente, mormente sua condição de adimplir sua obrigação

¹² Citado por José João Abrantes, A exceção de não cumprimento do contrato no Direito Civil Português – Conceito e Fundamento, 1ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 197.

¹³ José João Abrantes, A exceção de não cumprimento do contrato no Direito Civil Português – Conceito e Fundamento, 1ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1986, p. 204.

ainda que com atraso. A seu turno, contra o devedor insolvente resta cabível a resolução contratual, pois a carência de recursos inviabiliza a satisfação dos compromissos por ele assumidos.

3.5. Critérios principiológicos

A partir da segunda metade do século XX assistiu-se uma revalorização do papel dos princípios, os quais passaram a gozar de força normativa. Todo este discurso passou a repercutir nos diferentes ramos do direito, inclusive na civilística obrigacional e contratual e, em especial, nos seus remédios para solução de embates.

Considerando que o inadimplemento de um dos pólos rompe o legítimo equilíbrio delineado pelas partes no momento do ajuste, a exceção de contrato não cumprido se apresenta como o remédio judicial adequado para restabelecer a harmonia da relação, na medida em que faculta ao demandado, ainda que de modo efêmero, não cumprir seus deveres, sem, contudo, extinguir o vínculo obrigacional, ao mesmo tempo em que funciona como elemento coercitivo do demandante remisso.

A despeito de não propiciar o alcance imediato do objetivo final da avença, que é a satisfação integral das obrigações, a *exceptio* é o meio mais eficaz de proteção econômica do credor, pois evita a perda patrimonial do mesmo diante da ausência de contraprestação.

Pacífico na doutrina que a exceção de inexecução é "instituto animado de um sopro de equidade"¹⁴, permeada pelos princípios da função social e da boa fé, elemento ético da relação.

A função social do contrato faz com que tal instituto seja não um simples instrumento de circulação de riquezas, mas antes determina a conformidade do pactuado com os ditames sociais valorados pelo direito e positivados, principalmente, na Constituição Federal e, em certa medida, no Código Civil.

Dentre as estimas mais relevantes destacam-se a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa, como fundamentos da República; constituir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades

¹⁴ Citado por Jônatas Nilhomens e Geraldo Magela Alves, "Manual Prático dos Contratos, ED. Forense, 5ª Ed., 2000, nº 8.1, p. 54

sociais como objetivos fundamentais da República. Nos dizeres de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵

A função mais destacada do contrato é a de propiciar a circulação da riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro (Roppo, II, contratto, p.12 et. seq.). Essa liberdade parcial de contratar, com objetivo de fazer circular riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Por isso, fala-se em fins econômico-sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia.

Daí emana que a força vinculante dos contratos advém da necessidade de proteção dos anseios sociais dignos de tutela jurídica, atrelados aos interesses públicos, e nunca de sua mera celebração.

Não menos importante, a idéia de justo equilíbrio das prestações já era possível de ser constatada entre os romanos, que promanavam a regra "*non servanti findem non est fides servanda*".

Ocorre que a noção de equidade das prestações, dada a generalidade do conceito, encontra dificuldades de aplicação. Com o desígnio de contornar tais embaraços, a equivalência deve se pautar por critérios objetivos. Assim, os parâmetros módicos são aferidos conforme as circunstâncias que permeiam a realização do contrato, considerando os elementos econômicos e sociais das partes envolvidas.

Contudo, o tratamento isonômico dos compromissos não impõe uma rígida equivalência das prestações. Desde que obediente à boa-fé e à lealdade, as vantagens colhidas dos diferentes graus de utilidade dos bens são toleráveis e necessárias à circulação de riqueza na sociedade. Porquanto, coibido pelo ordenamento são o abuso de direito e o locupletamento sem causa.

Orientado pelo postulado da boa-fé, que possui como deveres anexos, a correção, o cuidado, a cooperação, os efeitos do contrato restam balizados, já que impõem um limite à autonomia privada e ao exercício abusivo de direitos subjetivos. Conforme o Enunciado nº 24, da I Jornada¹⁶, a quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva gera a violação do contrato, hipótese de inadimplemento negocial que independe de culpa, gerando responsabilidade contratual objetiva.

¹⁵ Nery Jr., Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. Novo código civil e legislação extravagante anotados. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 193.

¹⁶ Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil: "Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

O princípio da boa-fé impõe uma comportamento leal, ética, das partes, sob pena de ser considerado ilícito. A boa-fé aparece ora como princípio, ora como norma que impõe condutas, cria direitos e deveres ou, ainda se fala da boa-fé como fato, como elemento psíquico (não é norma, é fato, boa intenção).

Quando a doutrina se refere à boa-fé como princípio fala-se na chamada boa-fé objetiva. Como norma, a boa-fé impõe condutas leais. Pouco importa se bem ou mal intencionadas, pois se exige que o comportamento esteja em conformidade com a boa-fé e não com a vontade do sujeito. Pois aferir se a pessoa está ou não mal intencionado é retratar a boa-fé enquanto fato, também chamada de boa-fé subjetiva.

Nas relações intersubjetivas, as condutas têm que ser leais, os comportamentos têm que ser éticos. Se o comportamento é antiético, contrário à lealdade ou à boa-fé, ele é ilícito, mesmo que se estivesse imbuído de boas intenções. E, se é antiético, tem que ser reprimido.

Decorrente da boa-fé, o dever de cooperação prega que as partes devem colaborar entre si para que o contrato proporcione o resultado mais justo possível.

Ao contratarem, cada qual confia no adimplemento dos compromissos avocados pela contraparte, donde brota as legítimas expectativas. Destarte, na execução do negócio, os sujeitos devem guardar fidelidade as suas cláusulas. A lealdade e a confiança recíproca são o arrimo da segurança jurídica das relações. Causídico da tese, LORENZETTI¹⁷ defende que “a confiança é o fundamento da celebração dos contratos, já que o que funda a força obrigatória do contrato é a confiança que um dos contratantes inspira no outro”.

Contudo, isso não significa que um afastamento mínimo do inicialmente aventado constitua um desvio a ser sancionado gravemente.

A proporcionalidade limita o exercício do instituto. A *exceptio* usada indistintamente afronta os ditames da boa fé, a qual veda o abuso de direito. Assim, não é possível se valer do referido meio de defesa aquele que deu causa ao descumprimento. Também não o é cabível ante a inadimplência de prestações insignificantes, de pouca monta ou acessórias sem representante influência no vínculo principal. É exigida uma tolerância mínima entre as partes, haja vista "não ser justo suspender prestações de vulto por contraprestações inexpressivas ou de escassa relevância" ¹⁸.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. Revista de Derecho do Consumidor, n. 35, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200, p. 16

¹⁸ ORLANDO GOMES, "Contratos", 24ª ed., Ed. Forense, p.93, nota, 2001.

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO

4.1. Pressupostos de aplicabilidade

4.1.1. Nexo obrigacional

O nexos de subordinação recíproca constitui o pressuposto de incidência da exceção de contrato não cumprido. Ao exigir a interdependência das prestações afasta-se a possibilidade de alegação do instituto entre relações obrigacionais desconexas. Dessa forma, a integração do vínculo é um dos requisitos a serem observados para o cabimento da exceção de inadimplência. Humberto Theodoro Júnior menciona a exigência de uma conexão causal entre a prestação cobrada e aquela que o excipiente invoca como não cumprida.

A "reciprocidade" das obrigações que autoriza a defesa do art. 476 do Código Civil não se confunde com a multiplicidade ocasional de vários débitos e créditos entre as mesmas pessoas. Somente se consideram contratos bilaterais, para os fins da exceção de que se cuida, aqueles que exigem, para a sua caracterização, a presença de "prestações e contraprestações interligadas genética e funcionalmente".¹⁹

O artigo 476, do Código Civil de 2002, restringe a oponibilidade da exceção de contrato não cumprido aos contratos bilaterais. Logo, ficam excluídos da incidência do instituto os contratos unilaterais, dada a carência da contrapartida obrigacional por uma das partes. Porém, sua aplicação pode ser estendida a outras espécies contratuais nas quais, apesar de não veicularem originalmente prestações simultâneas, é possível que, em um momento futuro, as obrigações sejam exigíveis ao mesmo tempo, como ilustra os contratos de execução diferida no tempo.

¹⁹ Humberto Theodoro Junior. O Contrato e seus Princípios. Ed. Aide, 1993, p. 106/107.

Contratos bilaterais ou sinalagmáticos são aqueles que ostentam obrigações correlatas, cuja interdependência recíproca entre a prestação e a contraprestação implica na assunção de deveres e direitos correlatos por ambas as partes, no intuito de satisfazerem seus anseios. Neles há um nexo de subordinação entre as obrigações individuais, em que uma constitui o fundamento da outra, e vice versa, tornado cada parte, concomitantemente, credora e devedora da outra. Neste ínterim, a bilateralidade se funda nos seus próprios efeitos, ou seja, na assunção de obrigações recíprocas pelos membros da relação.

Distinguem-se dos contratos unilaterais, cuja manifestação de vontade é produzida no sentido de gerar obrigações exigíveis apenas para uma das partes, já que a assunção de deveres ocorre somente por um dos pólos.

No entanto, o contrato unilateral pode gerar para a parte credora obrigações secundárias, acopladas à única obrigação principal. Desse modo, é mais preciso afirmar que os negócios jurídicos unilaterais carecem do nexo de reciprocidade entre obrigações principais. Exemplos típicos são os contratos de doação, de mandato e de depósito gratuito.

Menciona classificação é adotada pelo ordenamento argentino no artigo 1.138 do seu Código Civil. Segundo seus termos:

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

Observa-se, contudo, que nem todas as obrigações provenientes do contrato bilateral ostentam o caráter de reciprocidade. Exemplifica a afirmativa a obrigação do locatário de restituir o imóvel no estado em que o recebeu sem que, para tanto, exista uma contraprestação do locador. Na mesma direção está Ruy Rosado de Aguiar Jr.²⁰ ao definir o contrato bilateral como:

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

²⁰ Aguiar Jr., op. Cit., p.81.

À vista de apresentarem uma sistematização minuciosa, alguns autores, a despeito da forte resistência da doutrina pátria, tratam os contratos bilaterais imperfeitos como um terceiro gênero, diverso dos negócios jurídicos bilaterais e unilaterais. Assim se manifesta Roberto de Ruggiero²¹:

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

Porém, a maioria dos autores nacionais rechaça a classificação acima proposta, tratando por unilateral os contratos bilaterais imperfeitos. Seus representantes²², sustentam que, nesta espécie, a contraprestação não nasce no momento da formação do contrato, mas sim de fato eventual e posterior, não sendo, portanto, consequência necessária do ajuste. Para eles, não há qualquer relação de interdependência entre a obrigação elementar do contrato unilateral e o ocasional dever nascido posteriormente no curso da execução da avença. Conseqüentemente, seus expositores defendem que contra os contratos bilaterais imperfeitos cabe o direito de retenção, e jamais a exceção de contrato não cumprido.

Oportuno ressaltar ainda que a bilateralidade contratual não obstaculiza a possibilidade de uma das partes auferir mais vantagens que a outra, evento que é pressuposto das trocas comerciais. Em nota, o ordenamento veda tão somente o abuso de direito que provoca desproporcionalidade entre as prestações, de modo a ferir a equidade e a boa fé que devem permear o enlace contratual.

Ademais, ostentar a condição de bilateral não implica no cabimento automático do instituto da exceção de descumprimento, haja vista a necessidade de outros requisitos que serão mais a frente analisados, como a correspectividade das prestações. Assim entende Pontes de Miranda:

²¹ Ruggiero, Roberto de. Instituições de direito civil. Trad. De Ary dos Santos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 3, p. 253-254.

²² Cita-se a título exemplificativo: Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira, Ruy Rosado de Aguiar Jr., Araken de Assis, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes.

Nem todas as dívidas e obrigações que se originam dos contratos bilaterais são dívidas e obrigações bilaterais, em sentido estrito, isto é, em relação de reciprocidade. (...) A bilateralidade – prestação - contraprestação – faz ser bilateral o contrato; mas o ser bilateral o contrato não implica que todas as dívidas e obrigações que deles se irradiam sejam bilaterais ²³.

Outra espécie, os contratos de execução diferida ou continuada são aqueles que ostentam obrigações, cuja execução se protraí para o futuro. Nesta qualidade, as obrigações nascem de um título único, mas são subdivididas em quotas prestacionais consecutivas no tempo.

Cita-se, em caráter exemplificativo, o contrato locatício, o qual é firmado mediante instrumento único, cujas obrigações principais são a entrega do imóvel pelo locatário e o pagamento do aluguel em parcelas consecutivas pelo uso do bem.

Em regra, tais contratos sucessivos inadmitem a invocação da *exceptio non adimpleti contractus* pela parte adstrita ao cumprimento prévio, devido à falta de cumprimento simultâneo. Não obstante, servi de amparo ao credor de prestações contínuas, diante do inadimplemento de parcelas pretéritas pelo devedor, podendo o excipiente suspender os préstimos vincendos até a purgação da mora pelo excepto.

Exemplo emblemático se verifica no contrato de fornecimento de energia elétrica. É dever da concessionária a disponibilização prévia do serviço, cujo preço só será pago após o uso efetivo do cliente. Portanto, a princípio não pode a concessionária suspender o abastecimento com amparo na exceção de inexecução, pois está adstrita ao cumprimento prévio e a rigor não existindo a utilização da energia pelo consumidor não surge a obrigação de arcar com seu custo.

Contudo, o fornecimento de energia elétrica é uma prestação divisível, cujo consumo é aferível mensalmente em Kw/hora. Ademais, é um contrato de execução continuada, no qual as obrigações das partes se renovam a cada mês, a despeito da unidade do vínculo.

Partindo desse raciocínio, se o consumidor encontra-se em débito com as prestações anteriores há um inadimplemento a ensejar a aposição da exceção de

²³ Citado por Humberto Theodoro Jr., O contrato e seus princípios, 2a ed.,..., Aide, 1999, p. 85.

descumprimento. O foco é garantir a seqüência prestacional, e não o dever de execução simultânea, inexistente nesta avença. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPTÃO. POSSIBILIDADE. USUÁRIO INADIMPLENTE EM RELAÇÃO A FATURAS ATUAIS.

1. Da exegese da matéria inserta no artigo 6º, §3º, da lei 8.987/95, verifica-se a possibilidade de interrupção de serviços públicos essenciais em hipóteses em que há necessidade de se preservar a continuidade e a qualidade da prestação dos serviços à coletividade.

2. A continuidade dos serviços públicos essenciais, assegurada pelo artigo 22 do CDC, é limitada pelas disposições contidas na lei 8.987/95, não havendo falar em ilicitude na interrupção do fornecimento de energia elétrica, nos casos de inadimplência do usuário.

3. Agravo Regimental desprovido.
(AgRg no Ag nº 742.398-RJ, 1ª Turma. Rel. Min. Denise Arruda. v.u. j. 15.08.2006. DJ 14.09.2006).

ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. CORTE. FALTA DE PAGAMENTO.

- É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta. (Lei 8.987/95, art. 6º, §3º, II).

(Resp nº 363.943-MG. 1ª Seção. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. V. maioria, j. 10/12/2003, DJ 01/02/2004).

Mas é preciso aferir qual proporção da monta inadimplida é capaz de levar a interrupção da energia, ou seja, é necessário mensurar o débito para qualificá-lo como inadimplemento substancial ou ínfimo, já que contra apenas a inexecução relevante é aplicável a *exceptio*, cabendo em desfavor do descumprimento insignificante tão somente a notificação do devedor e/ou o ajuizamento de ação de cobrança nas vias próprias.

A posição da jurisprudência majoritária é no sentido de facultar a interrupção do fornecimento com arrimo na exceção de descumprimento, desde que haja aviso prévio por parte da concessionária. Ato contínuo, havendo quitação da dívida retoma-se a prestação do serviço, haja vista ser efêmera a suspensão contratual.

Modalidade também conhecida como contrato de sociedade, os contratos plurilaterais são compostos por diversas partes, as quais estabelecem relações recíprocas e simultâneas entre elas. Congrega a declaração de vontade de mais de duas pessoas para, em comum, explorarem um negócio jurídico.

Neste tipo contratual, a *exceptio* tem cabimento em duas situações: quando o demandante da prestação não tenha realizado sua parcela obrigacional, já que a contraprestação não é ainda exigível; bem como na hipótese de faltar o cumprimento das outras partes da relação, a despeito do reclamante já ter cumprido sua quantia, e desde que o inadimplemento, além de atinente à prestação principal, seja de proporcional monta. A *contrario sensu*, nesta última ocorrência, sendo de ínfima importância o que falta a ser prestado, afigura-se ilegítima a exceção.

A seu turno, juristas há que negam a viabilidade da arguição da exceção de descumprimento nos contratos societários. Consideram que em tal modalidade não existem interesses contrapostos, já que a reunião de vontades e esforços congrega para um fim único.

Contudo, a ressalva supra é repelida no instante em que se observa que, quando um dos membros não leva a efeito a quota obrigacional por ele assumida vai de encontro ao objetivo comum da sociedade, de modo a surgir interesses contrapostos entre o remisso e os demais componentes da corporação. Assim, a partir do momento da quebra do pacto associativo, nasce para os outros sócios o direito de apor a exceção de inexecução contra o recalcitrante.

Em síntese, a esfera de atuação da exceção de descumprimento se restringe às relações sinalagmáticas geradoras de obrigações recíprocas e interdependentes para as partes envolvidas. Ultrapasso este limite, não é admissível a manipulação do remédio contratual em tela, dada sua inaptidão para atingir relações acidentais sem vínculos de correspectividade com a prestação originária.

4.1.2. Relevância da obrigação principal e acessória

Embate redundante permeia o requisito de aplicabilidade deste meio de defesa quanto à posição ocupada pela prestação. Ou seja, somente o descumprimento da obrigação principal enseja a *exceptio* ou admite-se sua oposição ante a inadimplência de deveres laterais do contrato.

A obrigação principal representa a finalidade primeira do negócio jurídico. Existe por si, independente de qualquer outra. Conquanto, ao seu redor podem orbitar obrigações acessórias, de existência subordinada à primeira.

Corroborando a máxima de que a sorte do acessório segue a do principal, qualquer defeito afeto a este atinge aquele desprovido de existência autônoma. Assim, somente o descumprimento da prestação principal é capaz de afetar as prestações acessórias, dado que os vícios nos negócios subordinados não são capazes de influenciar o vínculo elementar ante sua autonomia e independência.

Apoiados neste aforismo, alguns doutrinadores entendem insustentável opor a exceção de contrato não cumprido perante o descumprimento de um dever lateral ou secundário do contrato. Argumentam no sentido de que, o fator determinante da celebração de um contrato é alcançar o elemento fundamental do contrato, asseverando que componentes acessórios existem somente na medida de facilitarem o atendimento do objetivo basilar.

Desta forma, tais juristas sustentam que se o credor não estiver privado do livre gozo do bem principal do ajuste, não lhe é dado argüir a *exceptio* e suspender o cumprimento de sua parcela obrigacional. Mas, alternativamente, apontam que lhe é facultado ajuizar ação de obrigação de fazer ou ainda ação de cobrança das despesas realizadas por sua conta.

Porém ambas as ações judiciais autônomas, previamente citadas, somente são equânimes no caso concreto se, independente da principalidade ou da acessoriedade da prestação, a inadimplência do devedor for irrelevante e sua capacidade de ferir as fundadas expectativas da contraparte, mínima.

Caso contrário, diante da inviabilidade de sustar o cumprimento de seus préstimos, o credor estaria desprotegido, pois além da demora para ver reconhecido um direito seu verificável de plano, é factível a possibilidade de, a despeito de sair vencedor da demanda, não auferir seus efeitos concretos no futuro, como rotineiramente se verifica nos deslindes judiciais, dada a insolvência póstuma da parte sucumbente.

Ademais, se adéqua melhor ao princípio da economia processual solucionar a lide na primeira oportunidade apresentada, facultando a aposição da exceção de descumprimento pelo credor demandado indevidamente pelo devedor, do que postergar a solução do problema e impor o ajuizamento de outra ação para solucionar questões conexas.

Nos termos propostos, importa observar que a condição principal e acessória da obrigação não constitui o item de essencial influência na análise do cabimento da *exceptio*. Antes, a relevância da prestação descumprida constitui o objeto principal do exame. No mesmo sentido já se manifestou a 1ª Secção Cível do Tribunal da Relação de Coimbra:

CONTRATO DE EMPREITADA. CUMPRIMENTO DEFEITUOSO

EXCEÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO. CONFIRMADA PARCIALMENTE. ARTIGOS 428º E 1208º DO CC DO CÓDIGO CIVIL

1. A exceção de não cumprimento do contrato ou de cumprimento defeituoso do contrato constitui uma exceção material dilatória, porque o demandado não recusa ao demandante o direito que alega, apenas pretendendo um efeito dilatório, isto é, realizar a sua prestação no momento em que o demandante realizar a prestação a que está obrigado;

2. O exercício da exceção de incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação só é legítimo se não contrariar os ditames da boa fé, sendo de arredar face a uma falta pouco significativa da contraparte, ou então conduzir a boa fé à redução de tal exercício em termos proporcionais à parte ainda não executada pelo contraente faltoso;

3. Tratando-se de uma exceção material dilatória, a sua procedência não deve obstar ao conhecimento do mérito da acção, devendo o demandado ser condenado a realizar a sua prestação contra o cumprimento simultâneo da contraprestação por parte do demandante ou seu cumprimento sem defeito.

(JTRC FERREIRA DE BARROS; 27/09/2005; UNANIMIDADE; TRIBUNAL JUDICIAL DE LEIRIA. APELAÇÃO)

Resguarda melhor a função social dos contratos, bem como os preceitos constitucionais que devem norteá-los, o acolhimento da exceção de contrato não cumprido perante a inadimplência de um dever secundário, mas substancial, do contrato.

Considerando que a Constituição protege a segurança das relações jurídicas e a legítima expectativa das partes, não é justo desconsiderar a inadimplência de acentuado dever secundário da contraparte e impor, aquele obrigado ao cumprimento posterior, o adimplemento de sua prestação antes do devido.

A fim de ilustrar a articulação aventada, se mostra tempestível a análise pormenorizada de um contrato de locação.

É pacífico que o fator determinante da celebração de um contrato locatício pelo locador é o recebimento do preço, porquanto do locatário, o livre gozo do bem. Objetivamente, as causas propulsoras da escolha de determinado imóvel pelo locatário

podem ser a sua mensura, sua localização ou o valor da remuneração pelo uso do bem, mas não a instalação de contadores de hidráulico e elétrico, atitudes que ele próprio possa tomar. Assim, a primeira vista, numa compreensão superficial, muitos são levados a afirmar que estando o locatário na posse da coisa, inoportuno a *exceptio*.

Todavia, os marcadores listados são imprescindíveis para a concessionária disponibilizar os serviços de água e luz, tidos como essenciais. Além do mais, a falta de água e energia pode comprometer o gozo pleno do imóvel, comprometendo a obrigação principal do contrato.

Assim, não seria justo exigir o adimplemento dos aluguéis do contratante prejudicado em níveis tão intensos a ponto de afetar o objetivo primeiro do ajuste. Caso contrário, diante da inviabilidade de sustar o pagamento dos aluguéis, o locatário estaria desprotegido, tendo de arcar com um custo não programado e de ficar, ainda, exposto ao risco de a despeito de sair vencedor da demanda, não galgar efeitos concretos.

4.1.3. Exigibilidade do crédito

Para que um crédito seja exigível, mister seu vencimento acompanhado da inadimplência. Ou seja, atingido o momento aprazado para a satisfação do débito, o cobrigado se mostra inerte, e não apresenta qualquer justificativa plausível para sua conduta desviada.

Em princípio, as obrigações são satisfeitas de modo simultâneo, isto é, a um só tempo. Ambas as partes, concomitantemente, recebem seus créditos e saldaram seus débitos, em nítida relação de reciprocidade. Nesta situação, sendo a exigibilidade imediata para os dois pólos, um não pode cobrar o implemento prévio do outro.

Mas, em vista a otimizar as trocas comerciais, os contratantes gozam de liberdade para auferir seus direitos e realizar seus deveres em momentos distintos. Afastado pelas partes o dever de liquidação simultânea, característico das obrigações sinalagmáticas, a ordem de cumprimento aventada deve ser rigorosamente obedecida, dado que não é possível ao devedor, antes de adimplir sua quota, demandar a contraprestação do outro obrigado a execução *a posteriori*, em nome dos princípios da confiança, da lealdade e da segurança jurídica das relações intersubjetivas.

Não obstante, ao obrigado ao cumprimento *a priori* é facultado o não implemento precedente da sua parcela, já exequível pela contraparte, se demonstrar grave risco de comprometimento futuro de seu crédito motivado por insuficiência financeira do outro.

Denominada exceção de garantia, a hipótese prevista no art. 477, do Código Civil de 2002, aventa como pressupostos o fato do comprometimento econômico ser posterior a avença, ser pública e notória a situação de insolvência e a existência de razões plausíveis para a presunção (como, por exemplo, protesto de título, decretação de falência ou de recuperação judicial ou extrajudicial).

Nesta segunda situação aventada, sucede que o crédito do obrigado ao cumprimento anterior já é exigível pelo outro contratante, mas dado ao risco de inadimplência futura deste último, referida exigibilidade fica suspensa até o oferecimento de garantia. Portanto, da mesma forma que circunstância aventada no art. 476, do diploma civil, a prestação suspensa é sempre exequível.

Ao mesmo tempo em que a prestação alheia é exigível pela contraparte, a ensejar a exceção de inadimplência, a aposição deste instituto produz o efeito de retardar a eficácia da exigibilidade de cumprimento de que é titular a parte remissa.

Porém, em todos os casos, argüida a exceção de inexecução imprescindível o excipiente demonstrar condição de adimplir sua prestação logo após o cumprimento da parcela do co-obrigado, restabelecendo a simultaneidade das obrigações.

Assim, em juízo, além de provar sua aptidão para realizar o prometido, deve alegar, de maneira verossímil, o perigo de não ver a obrigação contrária se concretizar perfeitamente, acaso esteja obrigado ao cumprimento prévio, ou então, a mora do outro contraente, se vinculado ao cumprimento póstumo.

Todavia, a exigibilidade da prestação se revela interrompida quando o credor infringe o dever de cooperação com o adimplemento do devedor, concretizando a mora *accipiendi*. No mesmo sentido:

Compromisso de compra e venda – cobrança de parcela inadimplida – admissibilidade – falta de outorga da escritura e de regularização da documentação –

Compromisso de compra e venda - Cobrança de parcela do preço - Exceção do contrato não cumprido - Alegação de que os promitentes-vendedores não regularizaram a documentação, para outorga da escritura definitiva - Falta de correspectividade entre as prestações - Comportamento da promitente-compradora contrário ao princípio da boa-fé objetiva - Impugnação ao pedido de retificação de área que

atrasa a regularização do imóvel e o cumprimento do contrato - Ação procedente - Recurso não provido. ((TJSP) BDI nº 36 - ano: 2008; autos de Apelação Cível nº 427.288.4/1-00, da Comarca de São José do Rio Pardo - FD de São Sebastião da Grama)

Semelhante ordem de pensamento foi expressa na III Jornada de Direito Civil, no seu Enunciado 168: "O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação".

Ademais, por se tratar de um meio de defesa, a argüição da exceção de descumprimento não demanda a interpelação para constituir o recalcitrante em mora. Basta o simples inadimplemento para o crédito torna-se exigível, possibilitando a adoção da conduta passiva pelo credor, no intuito de compelir o cumprimento do devedor.

4.2 Direito absoluto ou relativo

Verificada a inadimplência do demandante, surge para o demandado um direito potestativo e temporário de não executar sua prestação. Porém, não obstante o estado de sujeição do devedor é possível a este invocar um abuso de direito do credor.

Assim, é pertinente questionar se a exceção de inexecução contratual é um direito absoluto, verificada a inadimplência daquele obrigado à satisfação prévia, ou se pode ser relativizada frente a um descumprimento insignificante.

Reputando que o fim da relação obrigacional é o adimplemento, quanto mais próximo da realização total da avença estiver a parte obrigada a cumprir primeiro, menor deve ser a monta da prestação recusada pela contraparte. Assim, a medida do cabimento do instituto representará uma grandeza diretamente proporcional à inadimplência.

A princípio, nenhuma dificuldade advém se houver inadimplência num contrato em que as duas obrigações contrapostas são indivisíveis ou, então, na hipótese do devedor não cumprir qualquer montante de sua cota e ambas as prestações serem divisíveis. O mesmo ocorre na hipótese da prestação do devedor ser indivisível enquanto a do credor, que ainda nada cumpriu, divisível. Isso porque, em

todos os casos, vislumbrado o inadimplemento integral, a aplicabilidade da exceção de inexecução também será total.

Problema surge, entretanto, no caso de cumprimento parcial pelo devedor de obrigação divisível. Mais cuidado reclama ainda, quando se trata de cota indivisível do credor contraposta à prestação divisível do devedor satisfeita parcialmente. Nestas situações, que serão analisadas em pormenores à frente, vários quesitos terão de ser averiguados, para que se possa cumprir a função social do contrato e os ideais de justiça comutativa, com a finalidade de, com o adimplemento, satisfazer da melhor forma os objetivos das partes no ajuste.

O ordenamento, para resguardar os interesses do credor prejudicado pelo inadimplemento imprevisível da outra parte, coloca a sua disposição vários remédios, dentre os quais a exceção de inexecução. Todavia, não consente com o abuso de direito, verificado quando o sujeito exorbita de sua posição jurídica de vantagem, ultrapassando os limites do socialmente tolerável e da boa-fé. Assim ensina Fabrício Zamprogna Matiello:

Não pode servir de modo algum para que o contraente de má-fé recuse-se à prestação avençada sob a alegação de que o outro não observou por inteiro o modo ou conteúdo da obrigação assumida, porque não é intenção do legislador facilitar o desrespeito ao contrato sob o manto da aparente prerrogativa de argüir a exceção prevista na lei.²⁴

Dessa forma, conclui-se que a exceção de contrato não cumprido não é uma prerrogativa ilimitada propensa ao livre arbítrio do credor. Doutro lado representa um direito relativo, já que seu emprego resta condicionado por diversos fatores e princípios.

A título de exemplo, devem ser sobrepesados num julgamento crítico da aplicabilidade do instituto em tela, dentre outros, o montante inadimplido da prestação pelo devedor, acrescida de uma avaliação objetiva de sua relevância no conteúdo do ajuste, isto é, se representa um descumprimento ínfimo ou substancial. Igualmente deve ser perquirida a importância da prestação para o credor, a sua urgência ante a possibilidade de perecimento ou de danos, a fungibilidade da obrigação, etc. Não obstante, em todas as situações, devem ser observados os ditames da proporcionalidade *lato senso*, da equidade e da boa fé objetiva contratual.

²⁴ Fabrício Zamprogna Matiello. Código Civil Comentado. Ed. LTR, 2002, pág. 314.

4.3 Adimplemento insatisfatório

A satisfação regular e integral dos deveres assumidos com outrem representa a finalidade da relação obrigacional. Desse modo, qualquer distorção daquele intento é repelida pela ordem jurídica, com vista a recompor o interesse inicial das partes.

Oportuno mencionar os casos em que, a despeito do cumprimento da obrigação por parte de um dos contratantes, esse o faz de maneira insatisfatória. Nesse caso, a irregularidade pode decorrer de uma realização parcial do seu dever ou ainda de um vício do bem ou serviço prestado.

Destaca-se que em ambos os casos ventilados houve adimplemento, mas este não foi suficientemente íntegro para satisfazer as legítimas expectativas criadas pela contraparte na relação jurídica firmada. Ao mesmo tempo, o descumprimento não foi tão grave a ponto de resolver o ajuste e suprir a prestação pelas perdas e danos, pois, não obstante à quebra das perspectivas iniciais, o credor ainda tem interesse na obrigação faltante e na conclusão do ajuste nos termos acertados.

A obrigação não se restringe a simples prestação de dar, fazer e não fazer. A seu redor se propagam deveres anexos ou laterais, muitas vezes não previstos explicitamente pelas partes e pelas legislações, mas que decorrem diretamente da cláusula geral da boa-fé objetiva, cujo descumprimento implica na infringência de dever legal.

Seguindo tal parâmetro, a mora é verificável não apenas na hipótese de atraso no pagamento, mas também quando a prestação realizada estiver em desarmonia com os termos formais e materiais previstos no contrato ou na lei.

A doutrina nacional trata como equivalentes o descumprimento integral e o adimplemento insatisfatório, na medida em que a mora pode se transformar em inadimplemento absoluto, pois o credor não está sujeito a receber prestação diversa da contratada.

Se o obrigado por vínculo sinalagmático, ao satisfazer certa prestação a realiza apenas parcialmente, não pode constranger o outro membro a efetuar sua

contraparte integralmente, graças ao princípio da correspectividade dos contratos bilaterais. Assim, verificada a cobrança inoportuna, o credor pode suspender o cumprimento de quota de sua obrigação na mesma medida da fração faltante.

Porquanto, diante de um adimplemento medíocre, o ordenamento reage em prol do credor prejudicado, facultando-lhe a exceção de contrato não cumprido satisfatoriamente, conhecida por *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Ademais, da mesma forma que o adimplemento quantitativamente parcial de prestação divisível, o cumprimento qualitativamente defeituoso enseja a arguição da exceção em enfoque.

Assim, em caráter ilustrativo, a existência de vício redibitório no objeto prestado possibilita a arguição da exceção de descumprimento parcial. Pois não seria justo instar o prejudicado a realizar seu dever antes do implemento regular da obrigação, deixando à sua disposição tão somente às vias indenizatórias ou a ação *quanti minoris* para haver do vendedor o abatimento no preço.

A propósito, importante mencionar a questão da viabilidade de arguir a exceção por aquele que aceitou a contraprestação viciada sem quaisquer ressalvas, quando instado a solver sua parcela. Nesta hipótese, a solução é dada com base na distribuição do ônus da prova.

Regra geral, por representar um fato impeditivo do direito da contraparte, o ônus de provar a inadimplência do outro, a ensejar a oposição da *exceptio*, é do excipiente. Conforme preceitua o art. 333, do Código de Processo Civil, que é incumbência do demandado corroborar a alegação de fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral. Por sua vez, se o descumprimento for argüido pelo demandante, sobre este recai o ônus probante, haja vista seu dever de comprovar os fatos constitutivos do direito próprio.

Nesse parâmetro já decidiram o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, bem como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, respectivamente:

É título executivo extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, de modo que compete à embargante provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo capaz de extrair a força executiva de documento formalmente perfeito.
(AC 0337684-9 – 3ª C.Cív. – Relª Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto – J. 06.06.2001)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL -APELAÇÃO CIVEL -JUÍZO DE
ADMISSIBILIDADE RECURSAL POSITIVO -AÇÃO INDENIZATÓRIA -

EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 476 DO NOVO CÓDIGO CIVIL -DESCUMPRIMENTO PARCIAL, POR PARTE DA DEMANDADA, DE CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MATERIAL ACRÍLICO - NECESSÁRIA DESCONSTITUIÇÃO DA DÍVIDA ANTE O INADIMPLENTO CONTRATUAL - DEMONSTRAÇÃO, POR PARTE DA AUTORA, DE FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO - OBSERVÂNCIA AO ESTABELECIDO NO ARTIGO 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PRECEDENTES DESTA CORTE - CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. (AC 2009.010063-7, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. DILERMANDO MOTA, Dj. 02/03/2010)

Mas, o contratante que recebe o préstimo com defeitos sem denunciá-lo assume contra si uma presunção de regularidade de pagamento, de modo que para contorná-la, e poder argüir a *exceptio*, deve comprovar não ter assentido com a prestação parcial ou viciada.

No mesmo sentido, sendo devida em partes sucessivas a prestação divisível, o contraente que aceita as primeiras parcelas sem ressaltar o não recebimento das ulteriores, só poderá alegar a exceção de inexecução se provar que, pelo contrato e pelas circunstâncias do negócio, o objeto parcial não lhe serviria. Do contrário, se deduz que houve simples remissão de dívida por vontade tácita dos indivíduos.

Segundo definição expressa por Maria Helena Diniz (Código Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 703)

A *exceptio non adimpleti contractus* é cláusula resolutiva tácita que se prende ao contrato bilateral. Isto é assim porque o contrato bilateral requer que as duas prestações sejam cumpridas simultaneamente, de forma que nenhum dos contratantes poderá, antes de cumprir sua obrigação, exigir o implemento da do outro... O contratante pontual poderá: a) permanecer inativo, alegando a *exceptio non adimpleti contractus*; b) pedir a rescisão contratual com perdas e danos, se lesado pelo inadimplemento culposo do contrato; ou c) exigir o cumprimento contratual...A *exceptio non adimpleti contractus* aplica-se no caso de inadimplemento total da obrigação, incumbindo a prova ao contratante que não a cumpriu; e a *exceptio non rite adimpleti contractus*, por sua vez, é relativa à hipótese de descumprimento parcial da prestação. Assim, quem a invocar deverá prová-la, uma vez que há presunção de ter sido regular o pagamento aceito. Sem embargo dessa diferenciação e apesar da diversidade de efeitos, pode-se afirmar que, substancialmente, ambas têm a mesma natureza por suporem o inadimplemento, visto que o cumprimento incompleto, defeituoso ou parcial é equivalente ao descumprimento.

Pautado no intento da proporcionalidade entre o descumprimento de um e a interrupção temporária do dever do outro, é de bom alvitre ressaltar que a realização parcial da obrigação do devedor pressupõe a divisibilidade da sua prestação, a qual foi alvo de um cumprimento insatisfatório, já que, por óbvio, a obrigação indivisível só é passível de descumprimento integral.

Dessa forma, considerando a obrigação como um vínculo jurídico complexo e dinâmico, os juristas devem se pautar pela solução que prioriza a colaboração intersubjetiva, tutelando sempre que possível o escopo propulsor do contrato. Em prol do princípio da conservação das relações, sempre que o adimplemento for possível e existir interesse do credor na sua realização, o vínculo obrigacional será digno de proteção e deverá ser preservado.

5 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE INSTITUTOS SIMILARES

A exceptio non adimpleti contractus guarda similitudes com outros remédios afetos à matéria contratual. Desse modo, no intento de evitar equívocos terminológicos e aplicativos, imperioso se revela a análise, ainda que superficial, dos institutos congêneres da resolução contratual, do direito de retenção e da compensação.

Verificada a mora ou a inadimplência de uma das partes de uma avença sinalagmática, nasce para a outra o direito de optar pela exigência do cumprimento ou então pela resolução contratual, com vistas a dissolver o vínculo.

Entretanto, para haja a resolução contratual é imprescindível que a mora ou inadimplência advenha de uma só das partes. Pois, se oriundo o descumprimento de ambos os pólos, cabível será a exceção de inexecução, e não a resolução, devido a possibilidade de defesa pela parte oposta, pois o crédito daquele que demanda a prestação de outrem ainda não se tornou exigível. Isto é, não há adimplemento da obrigação tanto pelo excepto, que mesmo remisso com seus deveres pleiteia o cumprimento da contraparte, quanto pelo excipiente, legitimado a recusar o implemento de sua quota, pois se este último já cumpriu sua parcela só lhe socorre a resolução por inadimplência ou a execução forçada.

A resolução contratual deve ser relegada como a última solução cabível. Justifica-se em nome do postulado da preservação do vínculo obrigacional e da proteção da confiança originária. Referido remédio só é aplicável ante um descumprimento substancial, que provoque o detrimento do objeto ou perda do interesse do credor na prestação. Pela extinção contratual há um desaparecimento da relação jurídica. Dá-se a perda do direito.

A seu turno, o instituto da *exceptio* retarda momentaneamente a obrigação, conservando o vínculo. Salieta-se que somente a prestação do demandado é suspensa, e não o contrato. Este só será resolvido se, após o transcurso de prazo razoável, ainda não houver execução da parte devedora.

Nada obstante, ambos os institutos se assemelham quanto a suas hipóteses de incidência, qual seja, prestações interdependentes de contratos sinalagmáticos.

Em outra esfera se situa o direito de retenção, o qual representa uma faculdade, também provisória, do devedor em recusar a restituição de um bem. Todavia, representa uma obrigação secundária nascida em momento diverso da celebração contratual. Nessa situação, o crédito surge não do contrato, mas sim da própria coisa, em virtude dos gastos com a sua conservação ou mesmo dos prejuízos por ela causados.

Porquanto a retenção seja aplicável ao direito das coisas e possa ser afastada mediante oferecimento de caução, a exceção de descumprimento é ministrada no direito obrigacional e não é substituível por qualquer meio de caução, pois que pressupõe um vínculo sinalagmático entre as obrigações originárias de uma única relação jurídica²⁵. Porém, ambos são meios de coerção defensiva utilizados pelo credor para impulsionar a conduta positiva do devedor.

Ademais, ao contrário da *exceptio*, a retenção é aposta aos contratos bilaterais imperfeitos. Explica Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, v. 5. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 24), que a obrigação imperfeita ocorre:

[..] quando, no momento da formação do contrato, só existiam obrigações principais para um dos contratantes, mas, no decorrer de sua execução, nasciam obrigações para o outro, como no caso de depósito, em que o depositante ficava obrigado a pagar o despendido pelo depositário com a guarda da coisa depositada, bem como no caso

²⁵ Em nota esclarecedora, na exceção de garantia, o excipiente presta tão somente uma garantia da sua solvabilidade, que comprova sua condição em adimplir no futuro os compromissos assumidos.

do comodato, em que poderá surgir para o comodatário o direito de reclamar do comodante indenização de certas despesas.

De outro lado, a compensação consiste no balanceamento de créditos dos respectivos credores e devedores de obrigações distintas, mas recíprocas. Ou seja, existe mais de uma relação jurídica, em que o credor de uma é simultaneamente o devedor da outra, e vice versa.

Destarte, enquanto a compensação contrapõe relações jurídicas diversas, mas com sujeitos e prestações correspectivas, na *exceptio* são as prestações da unidade obrigacional que são recíprocas.

Dada a natureza do instituto compensatório, sua aplicabilidade pressupõe a existência de coisas fungíveis, que possam ser convertidas em artigos da mesma espécie, a fim de estabelecer um balanceamento dos respectivos créditos de cada um dos títulos. Ademais, é forma extintiva da obrigação, já que o encontro de contas equivale ao pagamento na medida em que a dívida de uma parte é paga com a importância por ela exigível do outro membro.

Ao passo que, a exceção de inadimplência não exige a fungibilidade das prestações, bem como representa modalidade dilatória e suspensiva do dever de cumprir de um dos contratantes, e não peremptória e resolutive da relação jurídica.

6 A POSTURA DOS TRIBUNAIS

6.1 Soluções possíveis e suas variáveis

Antes de explicitar cada um dos temas objeto de análise, oportuno tecer um esclarecimento acerca da qualificação das partes como credor e devedor. Para fins didáticos, é pacífico na doutrina tratar o excipiente como credor ou demandado, ou seja, quem tem o direito à prestação e não obstante está sendo indevidamente cobrado, e o excepto por devedor ou demandante, isto é aquele que, a despeito de não satisfazer sua parcela, exige o cumprimento da contraprestação da outra parte.

O escopo de sistematizar as decisões jurisprudenciais a partir do instituto da *exceptio* torna imperioso o exame dos seguintes fatores. Primeiramente, vislumbra-se que a exceção inexecução comporta três soluções: I) exceção total; II) exceção parcial; III) não acolhimento da exceção. Prosseguindo, acerca de cada um dos tópicos anteriores é aferida a) a (in) divisibilidade da prestação devida pelo credor; b) a viabilidade de quantificar, em termos exatos, a quantia inadimplida.

Quando quem reclama a prestação alheia não cumpriu nenhuma quota de sua parcela obrigacional, aquele que é indevidamente incitado a adimplir pode suspender o cumprimento do seu dever correspondente integralmente, mediante a arguição da exceção total de inexecução.

Por sua vez, se um dos contratantes realiza apenas em parte sua obrigação e, mesmo sem oferecer o cumprimento simultâneo da parcela restante, cobra a contraprestação integral do outro membro, a este último é facultado opor a suspensão parcial de sua quota obrigacional. Neste caso, o demandado tem a seu dispor a

exceção de adimplemento insatisfatório ou parcial, também denominada *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Porém, a exceção de inexecução não deve ser acolhida quando argüida por aquele obrigado ao cumprimento prévio, já que ao consentir, no momento da avença, implementar seu dever antes do outro contratante, posteriormente não lhe é facultado inverter a ordem de cumprimento outrora estabelecida. A exceção de inexecução também não é a medida apropriada na hipótese da prestação inadimplida pelo devedor não estar abrangida pelo nexu obrigacional ou, ainda que compreendida no vínculo, o descumprimento seja ínfimo. Igualmente é negada a aplicação do instituto quando alegado com finalidade procrastinatória, em desacordo com os deveres éticos de probidade e boa fé.

O requisito da divisibilidade da prestação se mostra de suma importância para estabelecer as hipóteses de cabimento da exceção total e da parcial. Sendo indivisível a obrigação do devedor, caso haja inadimplência de sua parte, a exceção oposta pelo credor será sempre total, sendo irrelevante perquirir acerca da divisibilidade da prestação deste último. O mesmo ocorre na hipótese de inadimplemento total pelo devedor de prestação divisível, já que ao credor é dado suspender na íntegra a execução de sua parcela por intermédio da exceção total.

Dificuldade surge na situação do devedor descumprir apenas parcialmente uma obrigação divisível. Aqui se mostra oportuno avaliar, além do fracionamento da prestação do excipiente, o montante descumprido pelo excepto. Pressupondo que a obrigação do credor é também divisível, este poderá aplicar a exceção parcial, sobrestando sua prestação na medida do inadimplemento do demandante até a satisfação integral por parte deste último. Contudo, sendo a obrigação do credor indivisível, ante o descumprimento parcial do devedor, nasce um problema a ser resolvido conforme os parâmetros da boa fé, da equidade e da proporcionalidade. Assim, se a inadimplência parcial do excepto for ínfima, de modo a não causar sequer possibilidades de prejuízos ao excipiente, a este não é facultado opor a exceção de contrato não cumprido. Porém, caso a quota inadimplida pelo devedor seja substancial, o credor goza do direito de se defender por meio da exceção, sustando o cumprimento de sua parcela até que o primeiro cumpra a totalidade de seu dever.

A aferição da monta excetuada perpassa pela análise da carga inadimplida pelo devedor. Se ínfima, não é cabível a exceção pelo credor, dada a sua desproporção e haja vista a possibilidade de danos irreparáveis ao devedor, bem como a quebra de

suas legítimas expectativas já que cumpriu parcela relevante de sua dívida. Todavia, se a inadimplência é substancial a ponto de não ser cumprida qualquer quota da obrigação ou o ser de forma medíocre, o remédio se revela plenamente adequado.

Observam-se aqui dois extremos. A inadimplência mínima, hipótese na qual a exceção não é acolhida, quando pode ser cabível ao credor/demandante argüir a cláusula "solve et repete", segundo a qual o devedor/demandado deve cumprir primeiro para depois reclamar a sua prestação de direito através das vias próprias. E, doutro lado, a inadimplência substancial, na qual é cabível a exceção total. A posição intermediária fica com o cabimento da exceção parcial, aplicável quando, a despeito de haver cumprimento, este não foi completo, de modo que a finalidade da avença não foi globalmente atingida.

Por fim, é preciso sopesar a viabilidade de quantificar em termos precisos o descumprimento parcial, a fim de estabelecer uma proporcionalidade entre o montante descumprido pelo devedor e a importância a ser excetuada pelo credor. Aqui, o objetivo é avaliar se é possível estabelecer uma equivalência rígida entre o inadimplemento e o montante da exceção parcial, ou se tal proporcionalidade é aferível mediante a equidade do julgador diante do caso concreto (por exemplo, se é menor ou maior o descumprimento em relação ao que se deseja excetuar).

Com esta dupla análise em cada uma dos três desfechos exeqüíveis, vislumbra-se racionalizar as decisões judiciais, segundo o reconhecimento ou não da aplicabilidade da exceção de inadimplência ao evento concreto, bem como a correção de seu emprego, segundo parâmetros finalísticos do nexos obrigacional.

6.2 Exame crítico do emprego do instituto

Por termo, imperioso realizar um exame crítico do emprego do instituto no caso concreto pelos tribunais, com vistas a avaliar a capacidade das decisões para galgar a finalidade do vínculo obrigacional, qual seja, a adimplemento.

Com este intento, restam colacionados alguns julgados paradigmáticos de tribunais, os quais serão analisados caso a caso, a partir dos requisitos de aplicabilidade afetos ao remédio proposto, para que seja possível concluir se as

decisões jurisprudenciais exaradas são capazes de atender aos interesses almejados por ambas as partes no momento da avença.

A jurisprudência é a reiterada aplicação de uma mesma norma geral. Ao julgar, o juiz exerce um papel criativo, partindo da lei para dar uma solução jurídica ao caso concreto. O julgador cria a norma jurídica da situação concretamente deduzida. Sua decisão encontra fundamento na norma geral, que o autoriza a estabelecer aquela norma individual, sendo ambas as normas criação do juiz, estabelecidas a partir dos parâmetros abstratos determinados pelo legislador. E essa norma geral cunhada pelo magistrado para motivar o *decisum* é que gera a jurisprudência, a qual nada mais é do que a reiterada aplicação pelos tribunais de uma mesma norma geral.

Para fins didáticos, foram colacionadas qualitativamente, as decisões que melhores abordaram o tema apreciado, sendo, por conseguinte, as mesmas classificadas em três grupos principais, reiterando a sistemática proposta neste trabalho. Ademais, somente alguns casos serão avaliados em pormenores, enquanto outros serão citados apenas a título ilustrativo.

6.2.1 Exceção total

6.2.1.1 Divisibilidade de ambas as prestações

EMPREITADA. EXCEPÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO

1. A exceção de não cumprimento consiste na recusa de efectuar a prestação por parte de um dos contraentes quando o outro a reclama, sem que este, por sua vez, efectue a respectiva contraprestação.

Para que a exceptio funcione exige-se, além do mais, que as prestações sejam correspectivas ou correlativas, isto é, interdependentes, sendo uma o motivo determinante da outra.

O excipiens apenas recusa a sua prestação até que a outra parte realize a prestação a que está adstrito.

A exceptio visa assegurar o equilíbrio, mediante o cumprimento simultâneo, em que assenta o esquema do contrato bilateral.

2. Quando haja uma interdependência entre as prestações seria, além de ilegal, a todos os títulos injusto permitir que o contraente faltoso pudesse exigir a contraprestação, como se nenhuma falta houvesse da sua parte, premiando quem prevaricou.

Por outro lado e para respeitar o equilíbrio sinalagmático da relação contratual seria igualmente injusto que o incumprimento de uma

obrigação secundária, meramente acessória relativamente à obrigação principal pudesse neutralizar a contraprestação principal.

3. Quando uma moradia, por desejo expresso do dono, passa a ter uma cave, configura esta obra uma inovação ao projecto inicial de construção, passando a fazer parte desse projecto e, conseqüentemente, da estrutura do contrato de empreitada.

Concluída a obra nova e vencida a obrigação de pagamento do respectivo preço, estava o dono da obra vinculado à sua satisfação, por força do sinalagma funcional que unia estas duas obrigações.

Ocorre entre estas duas obrigações a indispensável correspectividade, necessária à invocação da *exceptio* contemplada no art. 428º C.Civil. Por outro lado, não era exigível que a empreiteira tivesse que prosseguir com as obras sem ter sido ressarcida do valor das despesas, evidentemente significativas, efectuadas com a inovação, suportando esse custo.

Podia, por isso, a empreiteira recusar-se a prosseguir com as obras de construção da moradia a partir do momento em que o dono se recusou a satisfazer o pagamento do preço correspondente à edificação da cave, em vista do restabelecimento do equilíbrio da prestação incumprida. (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 318/2000. E1. S1; 7ª SECÇÃO; ALBERTO SOBRINHO; SJ 15/04/2010; UNANIMIDADE)

Em atitude oposta à vasta maioria dos julgadores nacionais, Supremo Tribunal de Justiça Português aborda o tema de maneira pormenorizada. Antes de adentrar no caso concreto e ditar-lhe uma solução específica, a corte lusa faz um breve relato esclarecedor do conceito e dos requisitos de aplicabilidade do remédio a ser empregado.

O contrato de empreitada é um contrato bilateral, cujas prestações principais correspectivas consistem na construção do edifício e na remuneração dos serviços, respectivamente a cargo da empreiteira e do dono da obra.

Da análise observa-se a divisibilidade das obrigações recíprocas: realização da obra contratada em fases e pagamento do preço ao final de cada etapa edificada. Não obstante, a prestação da empreiteira só é considerada fracionável se considerarmos a obra em sua totalidade. Caso avaliado cada fase *per sí*, estas são indivisíveis, pois para fazer jus à contrapartida remuneratória, a empresa contratada tem que executar integralmente a respectiva etapa, sob pena de prejuízos ao contratante.

Porquanto, estabelecida a ordem de cumprimento das obrigações pelos contratantes cabia à empreiteira executar a integralidade de cada estágio para, só após, ser remunerada.

No episódio sob análise, fora antecipada no contrato a possibilidade da execução de serviços não especificados previamente no instrumento, cuja quitação ocorreria na data do implemento do trabalho superveniente.

Durante a execução do contrato, a pedido do proprietário, foi edificada uma cave na moradia, não contemplada no ajuste e preço iniciais.

Com base no ajuste, entendeu o tribunal que, por consequência do desejo das partes, eventuais inovações passariam a integrar o projeto inicial. E, por força da equivalência das prestações, tem o empreiteiro direito ao aumento no preço proporcional ao acréscimo de trabalho e despesa.

Inadimplida a parcela adicional decorrente da edificação da cave pelo dono da obra, julgou a corte ser legítima a suspensão do curso da obra pela empreiteira, pois não era exigível desta última o prosseguimento da obra sem a respectiva compensação pelos préstimos realizados.

Precisada a quota inadimplida pelo devedor e considerada, individualmente, cada fase da obra como uma prestação indivisível houve por bem a corte considerar integral e relevante o inadimplemento do valor devido pelo aditamento da construção, a legitimar a arguição da exceção total pela credora. Portanto, julgou válida a interrupção do curso da obra pela empreiteira, que cumpriu de forma escorreita seus deveres, até a quitação do débito pelo dono da obra.

Ademais, observou o tribunal que foi o não pagamento do acréscimo no preço que motivou a oposição da *exceptio*, e não o inadimplemento do imposto (denominado IVA) dele decorrente, já que tal consistiria numa obrigação secundária à principal e, portanto, não estaria abrangida no nexu sinalagmático. Saliou fundamentar a *exceptio* no não cumprimento de uma obrigação autônoma seria desproporcional frente à gravidade da suspensão da obra.

6.2.1.2 Prestação do credor indivisível

ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA - PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA - CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO: LEGALIDADE.

1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa.

2. Nas condições indicadas, o pagamento é contra prestação, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento.

3. Interpretação autêntica que se faz do CDC, que admite a exceção do contrato não cumprido.

4. A política social referente ao fornecimento dos serviços essenciais faz-se por intermédio da política tarifária, contemplando eqüitativa e isonomicamente os menos favorecidos.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 337965 / MG; Relator(a) Ministra ELIANA CALMON; SEGUNDA TURMA; DJ 20/10/2003; p. 244 RDTJRJ vol. 59 p. 145 RT vol. 820 p. 192)

No presente caso vislumbra-se um contrato bilateral, cujas prestações sinalagmáticas são distribuídas entre a concessionária do serviço e o consumidor. À primeira cabe o prévio fornecimento de água, para somente então ser remunerada pelo usuário. Desse modo, a prestação da credora de abastecimento mensal de água é indivisível, enquanto a prestação do devedor de pagar pelo uso, divisível.

A princípio, não é dada à prestadora a possibilidade de cobrar qualquer montante do consumidor antes de fornecer efetivamente o serviço. Destarte, numa análise superficial, a concessionária não pode invocar exceção de contrato não cumprido e suspender o abastecimento, sob alegação de inadimplência do usuário.

Doutro lado, não é justo impelir a contratada a disponibilizar o serviço ao usuário em débito com as prestações anteriores.

Ao examinar dita relação contratual constata-se uma unidade de vínculo com obrigações correspectivas conexas, a despeito de subdivididas em prestações periódicas que se restauram mensalmente. Na relação considera-se indivisível somente cada etapa da obrigação da concessionária, haja vista que a mesma tem que disponibilizar o serviço, sem interrupção, durante todo um lapso temporal para, só após, ser recompensada.

Assim, sendo as obrigações sucessivas e renováveis, o consumidor, após usufruir dos serviços tem o dever de remunerar à prestadora para que, em seguida, a nova etapa do contrato possa surgir e, novamente, à concessionária, ser devido o cumprimento de seu préstimo.

Logo, partindo do entendimento segundo o qual, cumprida a primeira parcela obrigacional, o dever de adimplir a segunda só nasce com a satisfação da contrapartida a cargo do outro contraente, é possível sustentar a legitimidade da aposição da *exceptio* pelo co-obrigado ao cumprimento prévio.

Dessa forma, procedeu de maneira escoreita o julgado ao entender pela legalidade da suspensão do serviço de abastecimento de água ante a inadimplência do

consumidor. Todavia, os argumentos que sustentam o *decisum* são insuficientes, pois não é somente o fato das prestações serem contrapostas que autorizam a aplicabilidade da exceção de inexecução.

O julgador se limitou a estabelecer um critério genérico da aplicação do remédio da exceção de descumprimento. Não avaliou o acórdão o montante inadimplido pelo usuário. Considerando cada etapa do contrato *per si*, temos que a prestação do usuário é divisível, já que em pecúnia, ao passo que a da concessionária é indivisível. Assim, em nome do princípio da razoabilidade, somente se o consumidor deixasse de quitar a totalidade da remuneração, ou parcela substancial desta, devida no período, é que seria legítima a interrupção do fornecimento.

Na hipótese do consumidor deixar em débito somente parte da conta, não é possível a suspensão dos serviços. Fundamenta tal assertiva com base na relevância de cada prestação correspectiva no contexto obrigacional, bem como no requisito da divisibilidade.

Partindo do pressuposto de que cada préstimo da concessionária é indivisível, caso seja necessário cessar o abastecimento, tal somente poderá ser feita de maneira integral, mediante a oposição da exceção total, dado que, pela natureza da obrigação, se revela inviável o fornecimento parcial de água.

É mister, ainda, ponderar que as prestadoras de serviço desta espécie prevêm um percentual de inadimplência na sua estimativa de avarias, o qual é repassado ao consumidor através da sua cobrança na própria tarifa remuneratória. De modo que é evidente que tais empresas experimentam mais lucros do que perdas.

Por conseguinte, cotejando as respectivas prestações, verifica-se certa proeminência do dever da concessionária sobre o do consumidor, de sorte que o corte da água pode causar prejuízos irreparáveis ao consumidor, enquanto que um débito ínfimo da conta não é passível de provocar danos significativos à pessoa jurídica, a qual, aliás, já se encontra resguardada contra referidos infortúnios.

Portanto, para legitimar a oposição da exceção de contrato não cumprido pela contratada, é de suma importância avaliar a quota inadimplida do consumidor, o que não foi sopesado no acórdão.

6.2.2 Exceção parcial

6.2.2.1. Divisibilidade de ambas as prestações

"Civil. Art. 1450 do Código Civil. Inadimplemento de contrato de seguro. Falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio. Indenização indevida pelo sinistro ocorrido durante o prazo de suspensão do contrato, motivada pela inadimplência do segurado.

- A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não oneração da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado.

- Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora".

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 415971/SP, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Revista do Superior Tribunal de Justiça. v. 158, p. 321)

No contrato de seguro as obrigações recíprocas são: a do segurado pagar mensalmente as prestações do prêmio e, da companhia, a cobertura dos prejuízos da contraparte, se implementado o evento danoso. Conforme ensina Orlando Gomes:

Conquanto a obrigação do segurador seja condicional, há interdependência das obrigações que gera tanto para uma como para outra parte. Obriga-se o segurado a pagar o prêmio. Do cumprimento dessa obrigação depende o seu direito de exigir do segurador o pagamento da quantia estipulada, caso se verifique o acontecimento a que se subordina a obrigação deste. Assim, o segurado é o devedor de dívida certa e o credor de dívida condicional (Plainol e Ripert).²⁶

Ao regular o contrato de seguro, o Código Civil prevê no artigo 763 que "não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer sinistro antes de sua purgação".

Todavia, outorgar à companhia seguradora a faculdade de se furtar do pagamento da indenização seria censurável, e contrário à boa-fé objetiva contratual, ante a sua conduta passiva em receber as prestações do prêmio em atraso.

Assim, uma solução à controvérsia seria aplicar o instituto da exceção de contrato não cumprido com amparo na seguinte assertiva: o segurado em mora com suas obrigações não pode exigir o cumprimento das prestações a cargo da seguradora.

²⁶ ORLANDO GOMES, "Contratos", 24ª ed., Ed. Forense, p.411, nota, 2001

Neste ínterim, a seguradora suspenderia o pagamento da indenização, facultando ao devedor à purgação da mora. Por conseqüência, quitado o débito pelo segurado surge para a companhia o dever de cumprimento simultâneo, restabelecendo o equilíbrio obrigacional típico dos contratos bilaterais correspectivos.

O recurso à *exceptio* seria a medida mais adequada para equalizar as obrigações de um contrato já díspar em sua natureza, tendo em vista que o prêmio representa uma prestação certa, a despeito do pagamento da compensação ser incerta, pois condicionado à verificação do sinistro.

Ademais, a indenização devida pela seguradora (credora) por ocasião do sinistro é prestação divisível, já que o pagamento ao segurado é feito em pecúnia. Igualmente, o préstimo do segurado de amortizar periodicamente o valor do prêmio é fracionável.

No caso, vislumbra-se um adimplemento insatisfatório decorrente de cumprimento parcial do dever, cujo montante não remunerado pelo devedor é determinável com precisão.

Por conseqüência, é possível instituir uma proporção entre a quota inadimplida do prêmio e o quinhão obrigacional passível de retenção provisória pela seguradora.

Caso o segurado tivesse cumprido fielmente suas obrigações sucessivas teria direito à indenização integral. Mas, como ele cumpriu apenas uma fração de seu dever é facultado à seguradora sustar, na mesma razão, parcela do ressarcimento devido.

Em nome da boa-fé contratual e de seus deveres anexos da cooperação e da lealdade, é plausível concluir que da mesma forma que é direito da seguradora suspender um quinhão de seu préstimo, é dever da mesma indenizar o segurado proporcionalmente ao valor do prêmio por ele amortizado.

Ao resgatar, ainda que parcialmente, o prêmio, o segurado criou expectativas legítimas na contrapartida indenização que eventualmente faria jus. Portanto, em nome da segurança jurídica das relações, não seria razoável quebrar tais perspectivas em prol de um enriquecimento injustificado da seguradora.

Não obstante, o tribunal ficou-se inerte a respeito das averiguações relatadas. No julgado se limitou a estabelecer um critério abstrato para aferição das hipóteses de cabimento da exceção de inexecução. Isto é, se pautou pelo entendimento geral, segundo o qual apenas o débito da última prestação não impede o recebimento

da compensação devida, haja vista ser considerado um inadimplemento ínfimo. Doutra lado, a falta de pagamento de mais da metade das parcelas do prêmio representa uma inexecução relevante a ensejar a suspensão do prêmio da seguradora, no intento de manter o equilíbrio da relação contratual.

Com mencionada atitude, o julgador se restringiu a reconhecer a legitimidade da oposição da *exceptio*, sem, contudo, estabelecer se aplicável exceção total ou exceção parcial, nem a proporção devida em sendo cabível a segunda forma.

Em síntese, no intento de incentivar o adimplemento, finalidade primeira do vínculo obrigacional, o ajuste em exame comportaria a arguição da *exceptio non rite adimpleti contractus* pelo credor na razão da quantia descumprida pelo devedor.

6.2.2.2. Prestação do credor divisível

COMERCIAL. SHOPPING CENTER. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO PELO LOJISTA (MIX). DESRESPEITO PELO INCORPORADOR-ADMINISTRADOR. DESVIRTUAMENTO DO OBJETO DO CONTRATO (RES SPERATA). PAGAMENTO PARCIAL DO PREÇO DE COMPRA DA LOJA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO ALEGADA PELO LOJISTA. POSSIBILIDADE. ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL/1916 E ART. 476, DO CÓDIGO CIVIL/2002.

- O lojista pode deixar de efetuar o pagamento total do preço do contrato de promessa de compra e venda de loja situada em shopping center, se o incorporador-administrador descumpre sua obrigação de respeitar a cláusula de exclusividade na comercialização de determinado produto pelo lojista (mix), permitindo que loja âncora venda o mesmo produto vendido pelo lojista. Trata-se de aplicação do art. 1.092 do Código Civil/1916 (art. 476, do Código Civil atual).

- Tratando-se de shopping center, o incorporador-administrador, além de ter a obrigação de entregar a loja num ambiente com características comerciais pré-determinadas no contrato assinado com o lojista (tenant mix), não pode alterar tais características depois de instalado o shopping, isto é, durante todo o período de vigência do contrato entre lojista e empreendedor, sob pena de desvirtuamento do objeto do contrato (res sperata).

Recurso especial conhecido e negado provimento.

(REsp 764901 / RJ; Relator(a)Ministra NANCY ANDRIGHI;TERCEIRA TURMA; DJ 30/10/2006 p. 299)

O contrato de compra e venda celebrado entre as partes prevê, além de prestações principais de pagamento do preço correspondente à cessão do imóvel, a

obrigação acessória de assegurar ao vendedor a exclusividade de comercialização de certo produto pelo comprador.

Na análise complexa dos interesses em jogo, infere-se que a prestação do adquirente/credor de liquidar o valor da compra é divisível. Por sua vez, a obrigação do incorporador/devedor é considerada indivisível: a entrega do imóvel e a garantia de comercialização privativa de determinado artigo pelo lojista.

A unidade da prestação do devedor é definida pela natureza do negócio jurídico concluído. Ao celebrar contrato de compra e venda de loja em shopping center com cláusula de exclusividade de comercialização de produto, o pequeno lojista não vislumbrou, no momento inicial do ajuste, qualquer concorrência com outros negociantes. Portanto, é possível afirmar que, neste caso específico, a razão determinante do comprador em firmar referido acordo foi o privilégio comercial aventado formalmente em cláusula contratual.

Com a permissão para que outra loja trabalhe com o mesmo produto objeto de cláusula de exclusividade com outro lojista, o shopping frustrou as expectativas da do credor na execução regular do negócio jurídico. Houve rompimento da confiança originária assentada no adimplemento absoluto.

Ademais, o préstimo acessório inadimplido representa decorrência natural da obrigação principal, pois as partes, no uso de sua liberdade e autonomia privada, assim desejaram.

Postas as bases materiais da relação, desponta a dúvida de qual seria a melhor forma de solucionar o impasse. Pois, a despeito de divisível faticamente a prestação do devedor, os contraentes se vincularam de tal modo a torná-la incidível.

O extremo da resolução contratual é de plano rechaçado. Primeiramente, porque o descumprimento da prestação suplementar não foi capaz de provocar a perda do interesse do credor, devido ao fato da porção do objetivo almejado pelas partes ter sido efetivada pelo devedor, de modo que as funções jurídica, prática e econômica do contrato foram em parte atingidas. Outrossim, a cessão do bem, prestação central do ajuste, foi concretizada e é perfeitamente fruível pelo credor, pois a omissão não foi capaz de perpetrar reflexos negativos no objetivo principal do contrato.

Por outro lado, a prestação do devedor ainda é realizável, já que é possível ao mesmo revogar a concessão feita à loja âncora para a comercialização do artigo.

Portanto, a exceção total de contrato não cumprido, remédio aplicado pelo julgador no acórdão em análise, também não se revela cabível.

Foi a vontade das partes que atribuiu propriedade indivisível à obrigação do devedor, através de uma ficção jurídica. Assim sendo, no contexto fático é possível decompor a prestação do incorporador em duas etapas, a fim de viabilizar a mensuração da carga inadimplida e possibilitar a resolução do conflito da maneira mais justa e equânime.

Desta forma, a exceção parcial é eficaz, na medida em que não é justo exigir o cumprimento integral da contraprestação do credor se o devedor não satisfaz amplamente seus deveres. Mas também não é razoável facultar a suspensão total dos préstimos a cargo do comprador.

Assim, a interrupção parcial do pagamento é o meio adequado para compelir o vendedor a prestar corretamente seu dever, já que é viável a purgação da mora através do aperfeiçoamento da prestação mal cumprida.

Destarte, a proporcionalidade faculta a interrupção dos deveres do credor em parte equivalente ao montante que resta a ser satisfeito pelo devedor. Sendo a exceção parcial de contrato não cumprido o instrumento mais adequado para restabelecer o equilíbrio das partes e para recompor a corresponsabilidade das obrigações.

6.2.3. Não acolhimento da exceção

6.2.3.1. Prestação acessória irrelevante

AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRESTAÇÕES INADIMPLIDAS INTEGRALMENTE PELO CONTRATANTE. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DEVIDAMENTE COMPROVADO. ARGUIÇÃO DE EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. REJEIÇÃO. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DESCUMPRIDA, DE SOMENOS IMPORTÂNCIA, QUE NÃO SE CONSTITUI FALTA GRAVE, TANTO QUE EFETUADOS PAGAMENTOS PARCIAIS. DOUTRINA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO DOS RESPECTIVOS ÍNDICES. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL QUE SEGUE INCÓLUME. RECURSO DESPROVIDO.

Hipótese em que a autora, comprovadamente, prestou serviços à ré, a qual quitou apenas parcialmente a dívida respectiva, e que, em juízo, invoca a execução do contrato não cumprido, porquanto a contratada não teria apresentado, no momento da liquidação, os recolhimentos relativos à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Alegação comprovada apenas quanto a duas das notas fiscais, cujos valores, no entanto, foram satisfeitos em parte. Circunstância que tem o condão de afastar a *exceptio non adimplendi contractus*, mormente porque não se cuida de falta grave, e, de outro vértice, porque a sanção contratual imposta é evidentemente desproporcional.

Carlos Roberto Gonçalves, alicerçado na doutrina de Silvio Rodrigues, adverte que "além de recíprocas, 'é mister que as prestações sejam simultâneas, pois, caso contrário, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal defesa. [...] é requisito, para que a exceção do contrato não cumprido seja admitida, que a falta cometida pelo contraente, que está exigindo a prestação do outro sem ter antes cumprido a sua, seja grave, bem como que haja equilíbrio e proporcionalidade entre as obrigações contrapostas. Anotam Colin e Capitant, nessa ordem, que 'não basta qualquer falta do contraente para justificar a exceção: é necessário uma falta grave, uma verdadeira inexecução de sua obrigação" (Direito civil brasileiro. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 164).

Firmados os contratos já na vigência do Código Civil de 2002, o índice a ser utilizado para a atualização monetária dos valores pagos com atraso e mesmo para juros, é tão somente a taxa Selic.

Verba honorária arbitrada em percentual compatível com o labor do causídico e com a importância da causa, o que torna de rigor a sua manutenção.

(Apelação Cível n. 2009.072410-7; 3ª Vara Cível da Comarca de Criciúma; Relator: Des. Vanderlei Romer)

A ocorrência *sub judice* relata a celebração de um contrato de prestações de serviço, o qual impunha, à parte das obrigações principais, o dever do contratado recolher as parcelas relativas ao FGTS e INSS dos seus empregados. Porém, não obstante a satisfação plena dos serviços acordados, a prestadora não arrecadou a totalidade do fundo de garantia e da seguridade social dos trabalhadores.

Apesar de comprovado inadimplemento, o juízo *ad quem* entendeu por bem manter a sentença de primeiro grau que determinou o pagamento da parcela obrigacional inadimplida pela ré. Argumentou que a autora/licitante desempenhou todos os serviços contratados pela entidade ré. Todavia, fora previsto contratualmente, além da prestação do serviço, a obrigação da licitante exhibir, na data da liquidação, o recolhimento do INSS e do FGTS, préstimos estes que não foram integralmente satisfeitos pela autora.

Da conjuntura infere-se que a obrigação da empresa contratada (credora) é divisível, cabendo a ela não só prestar os serviços, mas também pagar os encargos legais dele decorrente. Além disso, foi possível mensurar o montante não arrecadado à seguridade social e ao fundo de garantia.

In casu, o tribunal entendeu que houve adimplemento insatisfatório decorrente da realização parcial do dever. Mas, a carga descumprida foi ínfima e sem qualquer relevância no contexto relacional, de modo que a arguição da *exceptio* pela ré não se revelou apropriado à situação. Ademais, pela inaplicabilidade do remédio, fundamentou a carência de simultaneidade entre as obrigações de remuneração pelo serviço efetuado e de apresentação das certidões negativas das guias mencionadas.

O *decisum* abordou a desproporcionalidade da imposição da exceção de inexecução contra um irrisório descumprimento de obrigação secundária, o qual, conforme relatado, não constitui "falta grave". Avaliou não haver correspectividade nem equivalência entre o préstimo acessório inadimplido e a interrupção do reembolso devido em razão dos serviços. Evitou, por isso, o abuso de direito perpetrado pela requerida, já que a requerente cumpriu de modo satisfatório e regular sua obrigação principal.

Desse modo, julgou por bem o tribunal relativizar a cláusula *pacta sunt servanda* e atenuar o dever de cumprimento estrito dos artigos do contrato, em nome da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Com amparo nos fundamentos abordados supra encontra-se o acórdão a seguir:

DUPLICADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RECUSA DO SACADO. COMPROVAÇÃO DE VÍCIO OU DEFEITO. ÔNUS. RECLAMAÇÃO. TEMPO HÁBIL. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. PROPORCIONALIDADE. PROTESTO DEVIDO. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. A recusa do sacado pressupõe a comprovação de que houve vício ou defeito na qualidade dos serviços prestados (Lei 5.474/68, art. 21 II). 2. Não pode o devedor recusar o pagamento de duplicata se recebeu os serviços e não reclamou, em tempo hábil, contra sua qualidade. 3. A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo. 4. O protesto levado a efeito a partir de duplicata validamente extraída se constitui em exercício regular de direito, de forma que, sendo ato lícito (CC, art. 188 I), não gera dano moral. 5. Apelo conhecido e improvido. Unanimidade.

(TJMA; APELAÇÃO CÍVEL nº 13331-50.2010.8.10.0000 (17.750/2010 – Imperatriz); Acórdão nº: 95.105/2010; QUARTA CÂMARA CÍVEL; Relator: Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira; Revisor: Desembargador Jaime Ferreira De Araújo)

Contrato de empreitada - Exceção do contrato não cumprido
- Contrato omissivo quanto à responsabilidade dos encargos pela regularização da obra - Pagamento de pequeno valor a título de ISS

pelo condomínio que se mostra desproporcional com a retenção da última parcela do preço ajustado - Recurso desprovido.

(TJSP. APELAÇÃO Nº: 992.05.124862-9; COMARCA: SANTOS – 5ª Vara Cível; RELATOR: EDUARDO SA PINTO SANDEVILLE)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. EXCEÇÃO DO CONTRATO
NÃO
CUMPRIDO. DESCUMPRIMENTO PARCIAL DA AVENÇA.
ESCASSA IMPORTÂNCIA.

1. Em havendo mora de um contratante (vendedor) de escassa importância, relativa a débito de IPTU, a suspensão indefinida do pagamento por parte do outro contratante (comprador) de importância de aproximadamente um milhão de reais, já estando aquele gravame tributário liquidado, com sua manutenção na posse do bem (imóvel), a *exceptio* favorece ao primeiro, acarretando a rescisão da avença.

2. A exceção, consoante a melhor doutrina, não pode "ser levada ao extremo de acobertar o descumprimento sob invocação de haver o outro deixado de executar parte mínima ou irrelevante da que é a seu cargo".

3. Recurso especial conhecido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 883.990 - RJ (2006/0159555-1);
RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES)

7 CONCLUSÃO

A exceção de contrato não cumprido tem utilidade em duas ocasiões. Primeiro quando o contratante vinculado ao cumprimento prévio, apesar de remisso com seus deveres, requer a prestação do outro co-obrigado. Injustamente demandado, este último tem a seu dispor a faculdade de afastar a cobrança irregular opondo a exceção de inexecução. Também pode ser valer deste remédio, o membro comprometido à satisfação anterior que se encontra perante outro contratante premido de escassez patrimonial ulterior ao ajuste e capaz de afetar a contraprestação devida.

A expressão latina *exceptio non adimpleti contractus* teve suas raízes fincadas pelos canonistas. Influenciados pela utopia católica, defendiam o emprego do remédio em tela com base do critério do justo e como forma de combater o pecado do contratante desrespeitoso de seus deveres. Não obstante, minoria doutrinária atribui aos romanistas à procedência da exceção de inexecução.

A princípio, referido instituto se apresenta como uma cláusula implícita nos contratos bilaterais. Mas é defensável sua aplicação nos contratos de execução diferida e nos contratos plurilaterais quando exista reciprocidade entre as prestações opostas.

Para a aplicabilidade da *exceptio* é necessário um vínculo obrigacional entre os sujeitos que estabeleça prestações adversas correlatas, de modo que cada parte seja ao mesmo tempo credora e devedora da outra. Resta ainda imperioso que a obrigação descumprida pelo remisso seja relevante no conteúdo contratual, pois, em proteção às legítimas expectativas da parte e à segurança da relação, a inadimplência ínfima não viabiliza a aposição deste meio defensivo. Ademais, é necessário que o crédito cobrado indevidamente pelo remisso já seja exigível.

Nestes termos, a natureza do instrumento em análise é de exceção defensiva de garantia, cujo efeito é suspender a exigibilidade da prestação do contratante prejudicado pela inexecução da contraparte. É instituto de direito material, porque não questiona a existência nem a validade da obrigação, mas apenas visa interromper momentaneamente sua eficácia.

Seu objetivo fundante é restabelecer o dever de execução simultânea das obrigações sinalagmáticas ou, ainda, a ordem pré ajustada da realização dos préstimos nos contratos de obrigação sucessiva.

Através da exceção de inexecução, o ordenamento jurídico tutela a pretensão da sociedade de adimplemento dos ajustes firmados, contribuindo para a realização função social dos contratos ao restituir o equilíbrio das prestações na dinâmica obrigacional. Igualmente, a *exceptio* é medida protetiva da lealdade, das legítimas expectativas das partes e da segurança do negócio jurídico.

Outrossim, a exceção de descumprimento contratual resta limitada pela boa-fé objetiva, que impõe uma conduta ética aos contratante. Nesta esteira, a razoabilidade se apresenta como um postulado de suma importância ao pregar a proporcionalidade entre o montante inadimplido e a parcela obrigacional interrompida.

Traçados os fundamentos teóricos da exceção de contrato não cumprido, seguida de um sistemático exame fático, oportuno tecer derradeiras considerações acerca do tema.

A *exceptio* não tem sido enfrentada em minúcias pelos doutrinadores atuais, os quais se reservam no direito de tão somente explanar alguns pontos básicos do instituto. No mesmo caminho seguem os tribunais brasileiros. Conforme observado nas jurisprudências paradigmáticas colacionadas, tanto as partes processuais quanto os

magistrados utilizam o instrumento defensivo em análise de forma introvertida, sem tecerem maiores considerações no seu emprego.

Não obstante, a matéria da exceção de inexecução mostrou vultosa recorrência nos casos práticos submetidos a juízo. Porém, na maioria das situações, os sujeitos se limitam a argüir o instituto, sem seguirem um parâmetro geral abalizador da sua aplicabilidade. Ocasionalmente há também, em que os pólos, apoiados num juízo de equidade e proporcionalidade, utilizam os princípios cardeais do instituto para solucionar a lide, contudo, sem se darem conta do remédio jurídico apostado.

Outras vezes, em circunstâncias mais graves, as partes sequer reconhecem a viabilidade do emprego da *exceptio*, deixando passar despercebida a possibilidade de conservação do vínculo contratual. Ou ainda, utilizam a cláusula como mero pretexto para isentar o remisso cobrado das conseqüências jurídicas de sua inércia.

Desse modo, a elucidação das hipóteses de aplicabilidade se revela como mecanismo de informação das partes contratuais. Ademais, funciona como uma forma de introduzir um pensamento crítico nos juristas, para que eles não se submetam passivamente às decisões jurisprudenciais, sem censurá-las em nome dos valores sócio-políticos reinantes em nosso ordenamento. Pois, segundo Perlingieri, "uma doutrina subalterna, em posição de sujeição psicológica em relação à jurisprudência trairia sua função de solicitação crítica, empurrando a atividade jurisdicional para a burocratização e a atividade reformadora para o insucesso".

O exercício de direitos individuais está adstrito às regras de convivência social, projetadas pelos valores e princípios atuantes, de tal sorte que o fundamento único e exclusivo do cabimento da exceção de inexecução se encontra no inadimplemento do outro contratante de prestação que ainda se revele útil ao excipiente, não podendo jamais servir de burla ao dever de lealdade reinante entre as partes.

O propósito inserto na exceção de contrato descumprido tem caráter praticamente universal, ao estabelecer que a parte faltosa com seus deveres não pode buscar o implemento da contraprestação, em nome do postulado do equilíbrio contratual que rechaça o locupletamento sem causa.

Assim, caráter proveitoso ostenta a exposição esmiuçada do tema, já que antes de ser constatada sua vultosa aplicação nos tribunais, a exceção de inexecução carrega a máxima da segurança jurídica das relações intersubjetivas, calcada nos preceitos de equidade e justiça que devem permear as avenças.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.

ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. **O Instituto do Adimplemento Substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional**. In: Leituras Complementares de Direito Civil: direito civil-constitucional em concreto. Salvador: JusPodivm, 2007.

ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Manual Prático dos Contratos**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ALVES, Jones Figueirêdo. **A Teoria do Adimplemento Substancial** ("Substantial Performace") do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. In: *Leituras Complementares de Direito Civil: direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: JusPodivm, 2007.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: saraiva, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil, fontes das obrigações: contratos**. Atual. Prof. José Serpa Santa Maria. 6. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, v. III.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado**. Ed. LTR, 2002.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v.1 e v.3. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, v.3. Trad. De Ary dos Santos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1958.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e seus Princípios**. Ed. Aide, 1993.