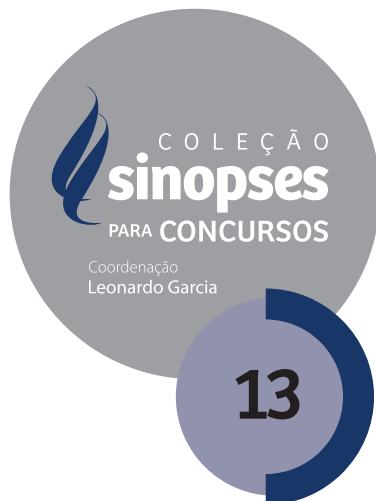


Luciano L. Figueiredo
Roberto L. Figueiredo



DIREITO CIVIL

CONTRATOS



2022

A Exceção do Contrato Não Cumprido (*Exceptio Non Adimpleti Contractus*)

Sumário • 1. Introdução, Conceito e Natureza Jurídica – 2. Elementos Caracterizadores – 3. Restrição da Aplicação do Instituto – 4. Exceção de Reforço de Garantia.

1. INTRODUÇÃO, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A exceção do contrato não cumprido, também nomeada *exceptio non adimpleti contractus*, consiste em instituto de **enorme aplicabilidade prática**.

Como recorda SERPA LOPES¹, há certa **divergência histórica** sobre a origem do instituto. Alguns são partidários do seu surgimento em Roma; enquanto outros são defensores do aparecimento no direito canônico. Fato é que, de origem romana ou canônica, o tema propagou-se na história e persiste até os dias atuais, tendo sido regulado, no Brasil, tanto no Código Civil de 1916 (art. 1.092), como no atual (arts. 476 e 477).

Conceitualmente, consiste a exceção do contrato não cumprido em uma **exceção substancial (defesa indireta de mérito)**, por meio da qual a parte demandada pela execução de um contrato, argui que deixou de cumpri-lo pelo fato da contraparte ainda não ter satisfeito a respectiva prestação correspondente. Traduz, então, uma **cláusula resolutiva tácita** do contrato, como bem posto por SÍLVIO DE SALVO VENOSA², pois poderá ocasionar a extinção do contrato bilateral e sinalagmático nos casos de mútuo descumprimento do ajuste.

Remete o instituto à noção de ser natural que em contratos nos quais haja prestações recíprocas e correspondentes, o descumprimento de uma delas, por um dos contraentes, autorize a mesma conduta por parte do cocontratante.

Nas lições de MARIA HELENA DINIZ³, “a *exceptio non adimpleti contractus* é uma defesa oponível pelo contratante demandando contra o cocontratante inadimplente,

1. LOPES, Serpa. **Exceções Substanciais: Exceção do Contrato Não Cumprido (*Exceptio non adimpleti contractus*)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 136.
2. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 513.
3. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. Vol. III. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 137.

em que o demandando se recusa a cumprir a obrigação, sob a alegação de não ter aquele que a reclama, cumprido o seu dever, dado que cada contratante está sujeito ao estrito adimplemento do contrato”.

FLÁVIO TARTUCE⁴, analisando o art. 476 do Código Civil, informa que “por esse dispositivo, uma parte somente pode exigir que a outra cumpra com sua obrigação, se primeiro cumprir com a própria (modalidade de *exceptio doli*, relacionada à boa-fé objetiva).”

Para PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO⁵, a exceção do contrato não cumprido consiste em “um meio de defesa, pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode arguir que deixou de cumpri-lo pelo fato da outra também não ter satisfeito a prestação correspondente”.

Nos ensinamentos de GUSTAVO TEPEDINO, HELOÍSA HELENA BARBOSA e MARIA CELINA BODIN DE MORAIS⁶, a exceção do contrato não cumprido é “uma causa impeditiva da exigibilidade da prestação, sendo esta exigibilidade diferida para o momento em que a prestação do reclamante for cumprida”.

Pois bem. Exemplificando a aplicação do instituto, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON RONSEVALD JR.⁷ afirmam que “será lícito ao lojista interromper o pagamento de prestações de um contrato de direito de reservas comercial de espaço em um shopping center, quando o empreendedor descumpre a sua obrigação de instalar uma loja ‘ancora’ no local previsto em detrimento do lojista”. PAULO LÔBO⁸, veiculando exemplo ainda mais didático e correlacionado com a compra e venda, firma que, nas pegadas do art. 491 do Código Civil, “não sendo a venda à crédito, o vendedor não é o obrigado a entregar a coisa antes de receber o objeto”, por conta da exceção do contrato não cumprido.

Analisando sob o ponto de vista processual, trata-se de um mecanismo de defesa condizente com uma **exceção substancial, veiculando uma defesa em sentido material e indireta de mérito**. Não restam combatidas questões formais do pacto. O que se combate, sendo arguido como tese apta a comprovar o descumprimento da avença, é que descumpriu o demandado com a sua parte do contrato, por não ter a outra parte cumprido com a respectiva contraprestação. Paralisa-se a pretensão autoral de cumprimento obrigacional ante a alegação do réu de inexistir o adimplemento da contraprestação devida. Obsta-se o exercício do direito do autor de executar o contrato, ocasionando a improcedência da demanda, em virtude de um direito do réu.

Chama-se, portanto, de exceção substancial por arguir o réu um direito em sua defesa. É **dilatória**, ao passo que caso o autor cumpra com a contraprestação

4. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 646.

5. GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Contratos: Teoria Geral. Vol. IV. Tomo I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299.

6. TEPEDINO Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; e MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Conforme a Constituição da República. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 124.

7. FARIAS, Cristiano Chaves de; e RONSEVALD JR., Nelson. **Curso de Direito Civil**. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie. Vol. IV. 3. ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 579.

8. LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

correspondente, poderá exigir o seu direito. Trazendo importante enquadramento sobre o instituto, verbera FREDIE DIDIER JÚNIOR⁹:

Exceção, em sentido processual, é defesa, qualquer que seja ela (de mérito, ou não; direta, ou não; peremptória ou dilatória etc.). Exceção substancial é uma espécie de situação jurídica ativa (direito subjetivo em sentido amplo) – trata-se de um fenômeno de direito material.

A exceção substancial é uma defesa – daí a aproximação dos termos, que costumam ser confundidos. Assim como o autor afirma um direito em sua demanda, o réu pode afirmar um direito em sua defesa. [...]

Não é diverso o pensamento de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹⁰, para quem exceção, “em sentido mais amplo, designa defesa ou, em sentido mais estrito, as matérias de defesa que só podem ser conhecidas se forem suscitadas pela parte (como a conhecida exceção de não cumprimento de contrato, ‘exceptio no adimpleti contractus’ (...))”.

Ensina PAULO LÔBO¹¹ ser uma exceção **dilatória ou retardatória**, de maneira que, a qualquer tempo, a outra parte a quem fora oposta poderá cumprir com a obrigação e extingui-la.

► Atenção!

Malgrado o tema exceção do contrato não cumprido, em regra, ser arguido em sede de defesa, não se olvida a possibilidade de arguição do tema em inicial.

É possível que diante do inadimplemento de um dos contratantes, o desejo da outra parte não seja o pleito de cumprimento do contrato, mas sim sua resolução. É possível, ainda, que, para tanto – resolver o contrato – seja necessária interpelação judicial, por não haver no contrato cláusula resolutória expressa (CC, art. 474). Nesta interpelação resolutória, poderá aparecer na inicial o tema exceção do contrato não cumprido. No particular, concordamos com FLÁVIO TARTUCE¹².

O **fundamento** da *exceptio* reside na **boa-fé objetiva**. O sistema jurídico pretende que haja uma execução simultânea das obrigações. A segurança do comércio jurídico demanda o respeito pelas obrigações assumidas, de modo a unir o destino das duas prestações. Logo, cada obrigação só será executada à medida que a outra também o seja. Assim afirmam os doutrinadores CRISTIANO CHAVES DE FARIAS E NELSON ROSENVALD JR.¹³

9. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 538.

10. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 343.

11. LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

12. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 646.

13. FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD JR., Nelson. **Curso de Direito Civil**. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie. Vol. IV. 3. ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 580.

Pelo próprio conceito do instituto, infere-se que apenas é aplicável a exceção do contrato não cumprido às **avenças bilaterais**, nas quais há direitos e deveres recíprocos. A bilateralidade do contrato é exigida na própria redação do art. 476 do Código Civil. *In verbis*:

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

► **E na hora da prova?!**

(CESPE – Auditor de Controle Externo – Direito – TCE – RO/2019) A empresa GB Perfumes Ltda. fabrica e vende um perfume mundialmente premiado. A empresa K Perfumes, grande rede de lojas de cosméticos e perfumarias, comprou doze lotes do perfume da GB Perfumes para revendê-lo em suas lojas. O valor do contrato de compra e venda foi de R\$ 1.200.000, devendo ser pago em doze parcelas de R\$ 100.000, todo dia 7 do mês seguinte ao da entrega de cada lote feita pela fabricante; o primeiro lote foi entregue em janeiro de 2017. A GB Perfumes Ltda. entregou dez lotes à K Perfumes, embora esta tenha pagado somente as duas primeiras parcelas, o que ensejou a resolução da relação contratual entre as partes por inadimplemento, ocorrida em julho de 2018. A K Perfumes ajuizou ação de reparação de danos materiais e morais contra a GB Perfumes Ltda., com o objetivo de obter a reparação dos prejuízos causados em razão da resolução do contrato de compra e venda que celebraram, alegando onerosidade excessiva do valor de cada lote de perfume, o que configura culpa concorrente da vendedora para o inadimplemento contratual. Alegou também que o contrato tinha cláusulas abusivas, que resultaram em uma dívida vultosa e impossível de ser solvida, e que tinha como finalidade impor a resolução da relação contratual. A compradora, mesmo intimada para tanto, não trouxe nenhuma outra prova, sob o fundamento da onerosidade excessiva.

Nessa situação hipotética,

- a) a alegação de onerosidade excessiva feita pela K Perfumes deverá ser aceita mediante a comprovação apenas da imprevisibilidade de acontecimento extraordinário.
- b) o contrato de compra e venda celebrado é bilateral, razão por que a K Perfumes não poderia ter reclamado a prestação contratual antes de ter cumprido a sua prestação.
- c) os riscos ordinários assumidos nas relações negociais no exercício da autonomia privada das partes contratantes configuram onerosidade excessiva.
- d) o comportamento da GB Perfumes Ltda. configura *suppressio*, haja vista que, mesmo após o inadimplemento das parcelas, continuou entregando os lotes de perfumes à K Perfumes.
- e) a demanda judicial que pretende a declaração de onerosidade excessiva poderia ter sido ajuizada tanto antes quanto após o inadimplemento da parte que postula tal pretensão.

Gabarito: letra “B”.

Mas basta ser o contrato bilateral?

Decerto que não!

Além de bilateral, há de ser **sinagmático**, com prestações correlatas. Leia-se: mister a dependência recíproca das prestações. Soma-se a isto, segundo a doutrina SILVIO RODRIGUES¹⁴, a necessidade de **prestações simultâneas ou correlatas**. Para o renomado doutrinador “*é mister que as prestações sejam simultâneas, pois, caso contrário, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal defesa*”. Exige-se que haja uma espécie de **dependência recíproca das prestações**.

► **Atenção!**

GUSTAVO TEPEDINO, HELOÍSA HELENA BARBOSA e MARIA CELINA BODIN DE MORAIS¹⁵, advertem que a exceção do contrato não cumprido apenas tem incidência nos **contratos bilaterais perfeitos**, os quais são entendidos com simultaneidade de prestações e créditos e débitos recíprocos. Exemplifica-se com a compra e venda, na qual o comprador tem o direito de exigir a entrega da coisa, diante do dever do devedor em entregar o aludido bem; já o devedor tem o direito de recebimento do preço, diante do dever do comprador de pagá-lo.

Seguem os aludidos autores aduzindo que não se aplica a exceção do contrato não cumprido em **contratos bilaterais imperfeitos**. Estes são entendidos como aqueles que no ato de sua formação criam deveres a apenas uma das partes, mas no seu decorrer, por circunstâncias excepcionais, podem dar lugar a deveres também à outra parte. É o caso do contrato de depósito, em que apenas o depositário teria deveres, a priori, mas no qual o depositante, eventualmente, poderá ter deveres impostos, como o de ressarcir as despesas necessárias do depositário (CC, art. 643).

Ressalta MARIA HELENA DINIZ¹⁶, com clareza solar, que se a lei ou o próprio contrato determinar sucessão no cumprimento obrigacional, determinando quem deverá adimplir primeiro com a prestação, não é possível ao imputado, em primeiro lugar, exigir do outro o cumprimento obrigacional, antes de cumprida com a sua prestação. Destarte, o primeiro cumpridor não poderá alegar que não adimpliu com o seu dever por não ter a outra parte cumprido com a sua prestação; afinal, o contrato ou a lei estabeleciam ordem diversa.

A exceção não reclama o conteúdo do contrato, ou nega a existência da obrigação. O que se discute é, justamente, a exigibilidade obrigacional. SILVIO RODRIGUES¹⁷ complementa o raciocínio afirmando que “*a exceção paralisa a ação do autor, ante a alegação do réu de não haver recebido a contraprestação devida; não*

14. RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**. Vol. 3. 8. ed. São Paulo: Atlas. p. 83.

15. TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; e MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Conforme a Constituição da República. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125.

16. DINIZ, Mara Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. Vol. III. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

17. RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**. Vol. 3. 8. ed. São Paulo: Atlas. p. 85.

se debate o mérito do direto arguido, nem o excipiente nega a obrigação; apenas contesta sua exigibilidade, em face de não haver o *exceptio adimplido o contrato*”.

Nessa esteira, em sendo exceção substancial, como visto, o magistrado há de reconhecê-la apenas mediante pedido da parte, **não sendo possível** ser conhecida **ex officio**. Vaticina FREDIE DIDIER JÚNIOR¹⁸ que “*não se permite ao magistrado o conhecimento de ofício de exceções substanciais por serem elas espécie de contradireito do réu em face do autor. Assim, violaria a regra da congruência (arts. 128 e 460 do CPC) o magistrado que levasse em consideração exceções substanciais não alegadas pelo réu. São exemplos de exceção substancial: a prescrição, o direito de retenção (art. 1.219 do CC-2002), a exceção do contrato não cumprido (art. 476 do CC-2002) etc.*”

Em correlação com os **planos do negócio jurídico**, é possível aproximar a exceção do contrato não cumprido com o **plano de eficácia** dos negócios. Sem dúvidas, é um instituto ligado não à confecção do ato (existência e validade), mas sim aos seus efeitos (eficácia). O intento é retardar ou neutralizar o cumprimento (os efeitos) do contrato¹⁹. Não se discute o conteúdo do contrato, nem se nega a existência da obrigação ou tenta extingui-la; o que se pretende, apenas, é impedir a exigibilidade.

O momento de arguição é no **prazo de resposta**, em sede de contestação, ao passo que a exceção consiste no oposto da ação demandada. Como bem recorda SILVIO RODRIGUES²⁰, a arguição independerá da causa geradora do inadimplemento. Ainda que a recusa do cumprimento correlacione-se com má-fé, caso fortuito, força maior... em qualquer circunstância será possível arguir a exceção. Afinal, o instituto liga-se a situações nas quais há prestações correlatas, de maneira que o mero descumprimento de uma delas, ensejará a legitimação de não cumprir com a outra.

Obviamente que por conta da eticidade relacional, o tema há de ser analisado com temperamentos. Nessa toada, não é possível, por exemplo, que o descumprimento de uma obrigação secundária – a exemplo do locador não realizar pequenos reparos no imóvel – autorize a tese da exceção para o inadimplemento de uma obrigação principal – não pagamento dos aluguéis.

Ainda nas correlações com outros institutos do direito civil, a doutrina costuma buscar o paralelo da exceção do contrato não cumprido com a **venire contra factum proprium e o tu quoque**. Correlaciona-se à ideia de abuso do direito e vedação à surpresa. Afinal, não é crível que aquele que não cumpriu com sua parte do contrato exija que a outra parte a cumpra, como bem vaticina PAULO LÔBO²¹.

18. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 543.

19. Para os desejosos em aprofundamento derredor dos planos dos negócios jurídicos, indica-se a leitura do Volume dedicado à Parte Geral (Vol. X), no qual, no capítulo direcionado aos negócios jurídicos, é realizada detida análise derredor os seus planos.

20. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. 3. 8. ed. São Paulo: Atlas. p. 77.

21. LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

E seria possível uma **exceção parcial do contrato** (*exceptio non rite adimpleti contractus*)?

Seguramente. Esta acontece quando uma parte cumpre apenas parcialmente as suas obrigações, pelo que não pode exigir a contraprestação correlata. Segundo MARIA HELENA DINIZ²², “se houver cumprimento incompleto, defeituoso ou inexacto da prestação por um dos contratantes, admite-se a *exceptio non rite adimpleti contractus*, em que o outro poderá recusar-se a cumprir a sua obrigação até que aquela prestação se complete ou melhore”. Na exceção parcial, como pontua PAULO LÔBO²³, pouco importa se a inexecução é quantitativa ou qualitativa. Basta, no caso concreto, que haja um adimplemento insatisfatório ou ruim.

ORLANDO GOMES²⁴ afirma que a diferença entre a *exceptio non adimpleti contractus* (total) e a *exceptio non rite adimpleti contractus* (parcial), além da extensão, relaciona-se com o ônus da prova. De acordo com o professor, na total o ônus é de quem descumpriu a obrigação. Já na incompleta (parcial), será de quem argui a exceção, pois há presunção de cumprimento obrigacional regular.

Feita a introdução, avançaremos à sistematização dos elementos necessários à arguição da exceção.

2. ELEMENTOS CARACTERIZADORES

O que se faz necessário para que se configure a exceção do contrato não cumprido?

- a) **Existência de um contrato bilateral, sinalagmático e de prestações simultâneas:** O instituto necessita que as prestações sejam recíprocas, com obrigações de ambos; ou seja: que de uma prestação origine a outra, no mesmo momento.
- b) **Demanda de uma das partes pelo cumprimento do pactuado:** Somente há sentido na invocação de uma exceção substancial se há provocação, sendo impossível acontecer aplicação de ofício. O instituto da exceção é arguido em defesa. Como visto no item anterior, excepcionalmente há quem defenda a possibilidade de arguição da exceção em inicial.
- c) **Prévio Descumprimento da Prestação pelo Demandante:** Se a parte que demanda o cumprimento tiver adimplido integralmente a sua obrigação, possui direito de exigir da contraparte que cumpra com a sua, em um *exercício regular de direito*. Aqui não haverá campo para a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido.

22. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. Vol. III. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

23. LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

24. LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92.

3. RESTRIÇÃO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO

Os Códigos Civis de 1916 e de 2002 não traziam possibilidade de restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido. Todavia, há na doutrina posicionamento no sentido de que, a depender da situação fática, poderão as partes, no exercício da sua autonomia da privada, afastar a incidência da cláusula em comento.

O sempre atento CARLOS ROBERTO GONÇALVES²⁵ cita a existência da **cláusula solve et repet** (pague e depois reclame), pela qual se obriga o contratante a cumprir com a sua prestação mesmo diante do descumprimento da do outro, resignando-se a, posteriormente, voltar-se contra este, para pedir o cumprimento e/ou as perdas e danos.

Cláusula *solve et repet*, então, importa na renúncia contratual de opor a exceção do contrato não cumprido, fundada no princípio da autonomia.

Mas a cláusula *solve et repet* poderá ser veiculada em qualquer contrato?

A resposta é negativa e demanda uma detida análise do caso concreto.

Defende CARLOS ROBERTO GONÇALVES²⁶ que poderão as partes, no **contrato administrativo**, por exemplo, veiculá-la, restando à parte prejudicada apenas uma futura ação de ressarcimento diante do inadimplemento estatal.

► Atenção!

A própria sistemática da exceção do contrato não cumprido, em sede administrativa, é diversa.

Durante longo período histórico, como chama a atenção José dos Santos Carvalho Filho²⁷, não se admitia a exceção do contrato não cumprido em contratos administrativos, por conta do corolário da **continuidade do serviço público**.

Tal cenário, porém, foi inicialmente modificado com o advento do art. 78, inciso XV, da Lei 8.666/93²⁸, já revogada. O cenário de modificação foi mantido pelo art. 137, parágrafos segundo e terceiro, da vigente Lei 14.133/2021.

Assim, hodiernamente é possível a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido à administração pública; porém, com temperamentos.

25. GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Contratos e Atos Unilaterais. Vol. III. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

26. GONÇALVES, Paulo Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Contratos e Atos Unilaterais. Vol. III. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

27. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 180.

28. “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.”

A alteração de pensamento, vaticina Celso Antônio Bandeira de Melo²⁹, veio em boa hora, ao passo que “atrasos prolongados de pagamento, violações continuadas ao dever de efetuar os reajustes cabíveis, ou as correções monetárias devidas, autorizarão, em muitos casos, a que o contratado interrompa suas prestações sob invocação da cláusula de *exceptio non adimpleti contractus*”.

Nesse cenário, a legislação hoje vigente **limita** a exceção do contrato não cumprido contra a administração pública, determinando que o Estado poderá paralisar o pagamento do contratado por até dois meses, sendo o executor obrigado a persistir com o seu intento, haja vista a **continuidade do serviço público**. Caso, porém, haja atraso de pagamento superior a dois meses, nascerá ao contratado o direito de extinção do contrato, fundado na exceção do contrato não cumprido. Infere-se o claro temperamento legislativo. Entre a continuidade e o inadimplemento, prevaleceu a ponderação.

Nessa toada, há, em regra geral, uma espécie de mitigação à arguição da exceção do contrato não cumprido, havendo o particular de arcar com todos os custos, mesmo diante do inadimplemento estatal, por até dois meses; fruto de uma **cláusula exorbitante cogente**. Ultrapassados os dois meses, porém, poderá o contratado arguir a exceção do contrato não cumprido, rumo à extinção do contrato.

Seguindo nas pegadas da norma, nos casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, bem como quando o atraso decorrer de ato ou fato imputável ao contratado, seja praticando, participando ou contribuindo, mesmo diante do incumprimento estatal, não poderá o particular resolver o contrato administrativo com base no instituto da exceção.

Restará, aqui, ao particular, diante do inadimplemento, o exercício do direito de suspensão do contrato, até que seja regularizada a situação, sempre atento à busca do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Caso o atraso, porém, inferior aos dois meses, gere prejuízos de grandes montas ao particular, concordamos com os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho³⁰ no sentido do particular pleitear rescisão judicial do contrato, valendo-se, até mesmo, de prévia ação cautelar com pedido de imediata suspensão na execução do pacto.

Ainda sobre o tema, é mister analisar o outro lado da moeda. O que fazer caso o usuário paralise com o pagamento. Exemplifica-se com um particular que paralisa com o pagamento da sua taxa de energia elétrica. É possível que a administração interrompa o serviço?

Teresa Negreiros³¹ propõe a “adoção de uma disciplina legal de índole tutelar para a *exceptio*, diversa da disciplina aplicável às demais espécies de contratos. Sugere a autora à mitigação dos efeitos do artigo 476 do Código Civil, nas hipóteses de inadimplemento em contratos voltados à satisfação de necessidades existências, tais como saúde, educação e segurança”.

29. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 292.

30. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 180.

31. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2. ed. São Paulo: Renovar. p. 484.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald Jr.³² afirmam “que a arbitrária paralisação de serviços essenciais que compõem o mínimo existencial corresponde ao exercício de um direito de forma reprovável, desumana e ilegal. O prestador do serviço público deverá exercer sua atividade de maneira adequada, eficiente, segura e contínua e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao rídico e ao constrangimento”.

Parece-nos que tal questão, para ser resolvida, deve caminhar com a ponderação de interesses no caso concreto. Não é crível, por exemplo, que o inadimplemento no pagamento de energia elétrica por um hospital ocasiona o corte imediato de energia. Mas, igualmente, não é possível às concessionárias de serviços públicos arcarem com inadimplências desmedidas, sob pena de quebra do sistema.

De mais a mais, no que tange às pessoas físicas que residam em unidades residenciais de baixa renda, bem como Indígenas e Quilombolas, fora criada, pelo Governo Federal, a tarifa social. Assim, os Indígenas e Quilombolas chegam a ter redução de 100% (cem por cento), enquanto os residentes em unidades de baixa renda possuem até 65% (sessenta e cinco por cento).

Volta-se à questão inicial posta: a cláusula *solve et repet* poderá ser aplicada em todo e qualquer tipo de contrato?

Na casuística do **contrato de adesão**, a resposta é negativa. Isso, porque, é nula a renúncia antecipada a direito em contrato de adesão (CC, art. 424). Logo, não é possível que haja uma renúncia ao direito de arguição da exceção do contrato não cumprido, sob pena de nulidade desta cláusula *solve et repet*.

A coisa piora, ainda mais, em sede de **defesa do consumidor**; seja pelo fato dos contratos de consumo, em regra, serem de adesão; seja pelo próprio sistema protetivo da seara consumerista. A hipossuficiência, o dirigismo estatal, a interpretação relativa ao contrato de adesão, a busca de equivalência material, a boa-fé e a função social seriam apenas alguns argumentos passíveis de serem invocados para arguir a nulidade da cláusula *solve et repet* na relação de consumo.

Parece-nos, portanto, que nas relações de consumo eventual renúncia à arguição da exceção do contrato não cumprido, por parte do consumidor, configura cláusula nula, porquanto sua abusividade (CDC, art. 51). A nulidade será da cláusula, e não do contrato como um todo, o qual há de ser conservado em atenção ao princípio da conservação dos atos.

Em contratos cíveis e empresariais paritários, nos parece viável a cláusula *solve et repet*, muitas vezes hábil a representar alocação de riscos contratuais e exercício regular da autonomia privada.

32. FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD JR., Nelson. Curso de **Direito Civil**. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie. Vol. IV. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 581.

4. EXCEÇÃO DE REFORÇO DE GARANTIA

Conforme verificado, a incidência da exceção do contrato não cumprido passa pela necessidade de prévio descumprimento do ajuste.

Mas e se o contrato já tiver sido celebrado e houver, após o ato de sua celebração, fundado receio de seu futuro inadimplemento, em razão da diminuição patrimonial da parte contrária?

Aqui, que fique claro, o contrato ainda não fora descumprido. O que há, porém, é um grande receio de futuro inadimplemento. O que fazer?

O art. 477 regula a casuística³³, protegendo a parte que possui o fundado receio, em medida correlacionada à eticidade. Tal artigo procura **acautelar** os interesses do que deve pagar em primeiro lugar, protegendo-o contra alterações da situação patrimonial do outro contraente, após a celebração do pacto, como bem assinala CARLOS ROBERTO GONÇALVES³⁴.

Nessa senda, autoriza o artigo, por exemplo, a um vendedor que realizou o contrato em prestações de pagamento sucessivas por parte do comprador, que não entregue a coisa, se há fundado receio de que inexistirá pagamento. Poderá, nessa hipótese, o vendedor reclamar garantia ou pagamento integral do preço, somente assim sendo compelido a entregar a sua cota parte no contrato. Exercitará, este vendedor, retenção permitida em lei.

Nessa toada, não poderá o comprador exigir a entrega da coisa antes de conferida a garantia ou pago o preço como um todo, ao passo que, em exigindo, poderá ser arguida a **exceção substancial** da exceção do contrato não cumprido.

Para que fique claro, veicula-se mais um exemplo. Imagine que João (comprador) comprou um grande maquinário de Caio (vendedor), em prestações. Restou ajustado o pagamento em dez prestações e que a entrega das máquinas, por parte de Caio, dar-se-ia após o pagamento da sexta prestação. Imagina-se, ainda, que após o pagamento da quarta prestação, resta amplamente divulgado na mídia que Caio “quebrou” e está passando por momentos muito difíceis. Nesse caso, João poderá condicionar a entrega das máquinas não mais apenas ao pagamento das seis parcelas, mas sim à quitação integral do preço ou conferência de garantias de cumprimento, sob pena de resolução do contrato (CC, art. 477).

Percebe-se que a **análise** aqui, como pontua PAULO LÔBO³⁵, é **objetiva**. Pouco importa se a posterior diminuição patrimonial fora perpetrada de má-fé. O que salta aos olhos é que há, objetivamente, diminuição patrimonial e possível

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

34. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Contratos e Atos Unilaterais. Vol. III. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

35. LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171.

embaraço ao cumprimento do contrato. Obviamente, arremata o autor, o arguidor da exceção de garantia não poderá estar em mora; afinal, não é crível que aquele que esteja em mora exija do outro que garanta o cumprimento da prestação futura.

De mais a mais, atento ao **princípio da conservação dos atos** – estudado na parte geral, ao tratar dos negócios jurídicos –, o contrato, sempre que possível, há de ser conservado. Logo, entendemos salutar a inicial oportunidade de conferência de garantias idôneas ou quitação do preço para, na impossibilidade destas condutas, proceder-se com a resolução do contrato. A resolução sempre deverá ser a *ultima ratio*.

► **Atenção!**

O tema, adverte FLÁVIO TARTUCE³⁶, possui importante relação com o que a doutrina, com base no direito norte americano e inglês, vem chamando de **quebra antecipada do contrato** ou **inadimplemento antecipado** (*anticipated breach of contract*).

Se uma das partes perceber na situação concreta que há fundado risco de descumprimento por parte do outro contraente, poderá antecipar-se, pleiteando, de pronto, garantias, ou em não conseguindo estas, até mesmo a extinção do contrato.

Nesta linha de intelecção, importante a consulta ao Enunciado 437 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “a resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado”.

E o que seria a **exceção de insegurança**?

A expressão remonta PONTES DE MIRANDA, como recordam GUSTAVO TEPEDINO, HELOÍSA HELENA BARBOSA e MARIA CELINA BODIN DE MORAIS³⁷.

Vê-se a exceção de insegurança, nas lições do Professor CRISTIANO SE SOUZA ZANETTI³⁸, quando uma das partes, por conduta própria, submete o contrato a grande risco de descumprimento. Aqui, poderá a parte inocente, atenta à boa-fé, suspender a contraprestação, posto que não poderá o outro contratante, que colocou em risco o cumprimento do contrato, beneficiar-se de sua conduta (vedação de beneficiar-se da própria torpeza).

Aplica-se, por analogia, o já mencionado art. 477 do Código Civil, sendo suspensa a execução do contrato até que haja garantia ou cumprimento integral da outra parte; quem, por conduta própria, colocou o adimplemento da avença em risco.

Trata-se de aplicação, no cenário nacional, do já adotado pelo art. 71 da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

36. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 646.

37. Citado por Flávio Tartuce em **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 646.

38. Citado por Flávio Tartuce em **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 646.

A doutrina nacional adotou o assunto no Enunciado 438 do Conselho da Justiça Federal, para o qual “a exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe manifestamente em risco a execução do programa contratual”.

Outro exemplo interessante de exceção de insegurança percebe-se no contrato de mútuo, quando verbera o art. 590 do Código Civil que “o mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica”.

► **Como o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o tema?**

“o descumprimento parcial na entrega de unidade imobiliária, assim como o receio concreto de que o promitente vendedor não transferirá o imóvel ao promitente comprador, impõe a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido. Isso porque se tem a *exceptio non adimpleti contractus* como meio de defesa, pois nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. E se, depois de concluído o contrato, em especial nos contratos de prestação de continuada, e comprovada a dificuldade de outro contratante em adimplir a sua obrigação, poderá ser recusada a prestação que lhe cabe, até que se preste garantia do sinalagma a ser cumprido”.

(REsp 1.193.739/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ, 03.05.2012, Informativo 496)