

ANTEPROJETO DE CÓDIGO EUROPEU DOS CONTRATOS (RELATÓRIO SOBRE A TERCEIRA PARTE)

Jean Pierre Sortais

Após a primeira parte que trata da formação e do conteúdo do contrato, e a segunda do seus efeitos, a terceira parte do anteprojeto do código europeu dos contratos refere-se a não-execução do contrato por ela definida e da qual ela ressalta as consequências: este é o objeto dos artigos 89 a 117.

Como sempre na elaboração de anteprojeto de código europeu dos contratos, o trabalho está estabelecido fundamentalmente sobre duas fundações: o *Contract Code* de MC GREGOR, de um lado, o código civil italiano do outro lado. São as duas bases essenciais – não são as únicas especialmente referente a esta terceira parte, tem uma que foi frequentemente citada durante os trabalhos preparatórios: é a convenção de Viena de 11 de abril 1980. Por certo o sucesso encontrado por esta convenção¹ – sobretudo comparativamente a aquelas que lhes precederão², só

¹ No primeiro de janeiro 1999, ela foi assinada por 62 estados e ratificada por 54.

² A convenção de La Haye do 15 de junho 1955 sobre a lei aplicável as vendas de carácter internacional de objetos moveis corporais só recebeu 9 ratificações. E a mesmo bem pelas duas Convenções de La Haye , de primeiro de julho 1964, sendo lei uniformizada sobre a venda internacional (LUVI) e lei uniformizada sobre a formação do contratos de venda internacional (LUFC). Referente à Convenção de La Haye de 22 de dezembro 1986, destinada à substituir aquela de 15 de junho 1955, sobre a lei aplicada aos contratos de venda internacional de mercadorias, ela só conseguiu duas adesões!

³ V.Ph REMY, a *responsabilidade contratual*: historia de um conceito falho,

podia incitar os redactores a tomar a maior consideração, sem esquecer, ainda, que ela trata de um contrato particular, a venda, que é um contrato sinalagmático (e o código europeu dos contratos não deve se limitar aqueles últimos) e, adicionalmente, de um contrato que é quase sempre comercial pois ele têm por objeto as mercadorias (e o código europeu dos contratos trata em primeiro dos contratos civis). Porém, tem um ponto sobre o qual os redactores do anteprojeto se inspiraram do espírito da convenção de Viena. O motivo seria que o contrato pudesse ser salvo, mediante alguns procedimentos (adaptação, negociação) – cada vez que a bem seja possível. A aniquilação do contrato consecutivo a sua resolução ou a sua rescisão será evitada na medida do possível; esta observação ilustra o espírito que presidiu a totalidade das disposições relativas à não-execução do contrato.

As próprias disposições, se articulam em volta de duas idéias: a noção própria de não-execução que foi caracterizada levando em conta não unicamente as diversas formas que elas podem revestir mas também sua causa. Este é o assunto dos artigos 89 até 105. O interesse pelas causas de não-execução conduz necessariamente a perguntar-se sobre os efeitos e aqui surge a segunda idéia: os efeitos da não-execução. Pressentimos a importância numa época onde a própria noção de responsabilidade contratual é o objeto de controvérsias³.

1. A noção de não-execução

Encontra-se no artigo 89 do projeto uma definição geral da não-execução. Ela se caracteriza da seguinte forma: a) seja pelo fato que o contratante, presumido em inadimplência, adota uma atitude diferente daquela que é prevista pelo contrato. A não-execução é avaliada com relação ao comportamento do devedor

Re.trim.dr.civ.1997.323; E.SAVAUX, o fim da responsabilidade contratual? Rev.trim.dr.civ.1999.1 e os ref. Citadas por este ultimo autor, notas 1 e 2. Adde: G.VINEY, obs.JCP 1999.I.147, nos 4-7.

⁴ As referências a respeito dos trabalhos preparatórios ao avant-projet de

da prestação (o que, de antemão, parece bem adaptado às obrigações ditas de meios, a propósito dos quais nos perguntamos se o devedor da obrigação utilizou todos os cuidados requeridos); b) seja pelo fato que ocorra uma situação diferente daquela que podemos pensar adquirida (o que parece corresponder à inexecução de uma obrigação de resultado na medida em que é então em relação a satisfação do credor que se avalia a execução ou a não-execução da obrigação).

A existência em si daquela definição gera duas observações: 1) primeiro, sua inserção dentro de um texto legislativo não faz sentido se lembrarmos, como acha oportunamente o professor Gandolfi (p.429)⁴ que o critério mais ou menos adotado pelas legislações europeias no seu conteúdo consiste em tratar a pergunta por preterimento, considerando a não-execução como um fato evidente que renunciemos, então a definir, e dos quais nos contentamos só em indicar as conseqüências que ele pode haver; mas, paralelamente, encontramos as fontes recentes nas quais, ao contrário, a não-execução é o objeto de uma definição: é o caso dentro do *Contract Code* de Mac Gregor (v. seus artigos 301 e s.) e dentro do novo código civil holandês (art. 74) ou dentro dos *Princípios relativos aos contratos do comércio internacional* adotados pelo UNIDROIT em 1994; 2) segundo: trata-se só de uma definição geral que é completada por disposições que se referem a diversas situações particulares, tratadas pelos artigos seguintes: *sob reserva do que prevêm as disposições seguintes* declara *in limine* o artigo 89.

De fato os artigos 90 e seguintes se referem a várias formas particulares de não-execução definidas, em primeiro e, conforme ao anúncio feito pelo artigo 89, com relação ao devedor mesmo: é o caso no artigos 90 e 91.

código europeu dos contratos são referencias ao trabalho publicado na primavera 1999 pelo Giuffrè, edit. Milan.

⁵ Compar. Art. 303 al. 1 do *Contract Code* de MC GREGOR, art. 47 al. 2 da

O primeiro dos textos mostra o caso do devedor que declara, por escrito, ao credor que ele não vai executar⁵. Isto dá ao credor o direito de tomar uma medida declarando, por sua vez, por escrito, que ele considera, em virtude da declaração, a obrigação como inexecutada. Sem reação no prazo de oito dias, o credor não pode depois recusar a execução que lhe seria dada mesmo com atraso: o que equivale a dizer que uma sorte de direito de arrependimento é aberto ao devedor. Não é, nem, o único recurso oferecido a este último pois ele pode ainda, nos oito dias seguintes da recepção da participação feita pelo credor, contestar a declaração segundo a qual a obrigação seria inexecutada ; e se então o credor não declara, nos oito dias, que ele revisa a posição dele, ele deve penhorar no novo prazo de trinta dias. Na ausência de qualquer reação por parte do devedor, a não-execução será definitiva (art. 90 al.2 *in fine*).

O segundo destes textos trata do caso do devedor que não está em estado de executar, seja que ele não esteja (objetivamente), seja que ele não fique (subjetivamente) em condição de executar, tudo sem que nenhuma queixa possa ser endereçada ao credor: este último pode então convidar por escrito o devedor a fornecer, num prazo razoável⁶, uma garantia adaptada a respeito da futura execução e declarar que, na falta, a não-execução será dada como adquirida; a exigência desta garantia apresenta uma certa analogia com o mecanismo que o código civil grego prevê no seu artigo 377.⁷

Convenção de Viena e os dados da jurisprudência italiana (Cass.ital.18 maio 1965), o código italiano, quanto a ele, limitando-se a dispensar o credor da necessidade de uma intimação quando o devedor declarou não querer executar a obrigação (antesprojeto, p. 430).

⁶ E preciso lembrar que o *Contract Code* de MC GREGOR como a Convenção de Viena sobre os contratos de venda internacional de mercadorias fazem muito freqüentemente referencia a esta noção de prazo razoável?

⁷ V. as observações do Professor DASKAROLIS, Ante-projeto, p. 437.

⁸ Lembramos que, conforme o art. 46 do anteprojeto, os efeitos do contrato -

Se as disposições analisadas até agora examinavam a eventual não-execução com relação ao devedor da prestação, os quatro artigos seguintes – 92 até a 95 incluídos – ficam numa perspectiva diferente colocando-se esta vez, do ponto de vista do objeto da obrigação presumida, não executada. Assim, o artigo 92 trata da obrigação de entregar um corpo certo⁸ e prevê que a obrigação está não-executada se: a) a coisa não foi entregue a termo e da maneira prevista, salvo prorrogação convencional ou judiciária; b) a coisa foi entregue mas tem defeitos; c) a coisa entregue é diferente daquela que estava acordada.

Mas, ainda, devemos observar a preocupação dos autores do anteprojeto de salvar o contrato a qualquer preço⁹ pois que, além da eventualidade de uma prorrogação para remediar a não observação do termo, é previsto – sem prejuízo de todos, as perdas e danos ao benefício do credor – que: a) alguns eventuais defeitos possam, num prazo razoável¹⁰, ficar remediados pelo devedor com o acordo do credor ou a autorização do juiz. Isto tem algum parentesco com o artigo 48 da Convenção de Viena mas com diferenças ainda; assim pois, se o artigo 48 apontado prevê bem a reparação dos eventuais defeitos, trata-se na convenção de Viena de um verdadeiro direito reconhecido ao vendedor, isto é, ao devedor, mesmo que, no anteprojeto, o devedor deva obter o acordo do credor ou a autorização do juiz; b) o credor tem a faculdade de depositar uma contrapartida retirada em proporção do menor valor da coisa recebida, contrapartida cuja a soma, em ausência de acordo, será determinada pelo juiz; c) o credor aceita a entrega de uma coisa diferente ou o juiz declara, por motivos razoáveis, que a execução pode ser considerada como ocorrida:

isto é a constituição ou a transferência de um direito real, especialmente da propriedade sobre uma coisa móvel - são subordinados à entrega da coisa objeto do direito.

⁹ V.explicações do Professor GANDOLFI (Ante-projeto, pp.527-528).

¹⁰ Veja a nota 6 supra.

¹¹ V. a observação feita pelo Doyen Carbonnier a propósito da redação do art

isso implica que as diferenças entre a coisa entregue e a coisa combinada (ou a *falta de conformidade* para tomar os vocábulos de a convenção de Viena) sejam mínimos; d) a coisa devida seja perdida ou seja deteriorada sem que seja atribuída a responsabilidade do devedor: é só dizer que o bem devido periclitou fortuitamente ou por força maior¹¹. Mas aqui, podemos nos perguntar se a solução adotada pelo anteprojeto não deverá ser corrigida: esta deu lugar¹² a trocas de pontos de vista que ressaltaram o quanto a concepção reflectida nesta disposição ficava afastada da tradição italiana. Que nos seja permitido acrescentar aqui uma observação suplementar: como supor que o corpo certo tenha ficado perdido ou deteriorado «sem que seja empenhada a responsabilidade do devedor» que deveria entregá-lo? É preciso colocar por princípio que o contrato considerado seja outro bem do que uma venda: deve tratar-se, por exemplo, de um contrato de arrendamento ou de um empréstimo de uso ou comodato em virtude do qual o locatário ou o requerente do empréstimo deve restituir, ou seja, entregar o bem a seu contratante. Na medida em que se tratava de uma venda, a aplicação da regra *res perit domino*, combinada com aquela segundo a qual a transferência da propriedade é subordinada à entrega da coisa móvel vendida¹³, obriga a concluir que toda perda anterior à entrega do bem vendido é necessária para o devedor que ficou proprietário¹⁴: para que então serviria especificar que ele não é o responsável?

1148 do código civil francês.

¹² V. especialmente as observações dos professores BIANCA e TRABUCCHI (Ante-projeto, pp.527 à 530) e as explicações dadas pelo Professor GANDOLFI (ibid, p.529).

¹³ Por causa da regra do art.46 do ante-projeto (V.supra nota 8).

¹⁴ Sob reserva das clausulas, sempre possíveis, que tendem a dissociar a transferência dos riscos e aquele da propriedade: mas concebemos facilmente que um vendedor ou que um credito-locação transferido desde a entrega os riscos do bem a seu contratante tudo conservando a propriedade, não imaginamos muito a hipótese inversa de um contratante que, antes qualquer entrega, aceitaria de se ver transferir os riscos de uma coisa cuja ele não é proprietário.

¹⁵ A fórmula pode surpreender dado que, pela aplicação da máxima *genera*

O artigo 93, por sua vez, trata da obrigação de entregar uma quantidade determinada de coisas fungíveis. Aqui ainda, um princípio é enunciado: ocorre não-execução (e então responsabilidade do devedor) se a coisa fungível não é entregue no prazo e da maneira prevista ou se ela é entregue numa qualidade ou numa quantidade inferior ou superior àquela que é devida ou de uma espécie diferente; é preciso, neste caso, especificar, desde agora, que o credor, em virtude do artigo 101, tem direito de receber a prestação antes do prazo combinado ou em quantidade superior àquela que é devida. Mas, ainda neste caso, excessões bastante numerosas são previstas, destinadas especificamente a evitar a aniquilação do contrato pois – é preciso insistir – as perdas e danos ao proveito do credor são expressamente reservadas. De acordo com esta importante ressalva, não vai ter não-execução: a) se uma prorrogação, convencional ou judiciária do prazo, é concedida ao devedor; b) se, a propósito de uma diferença de quantidade, o credor restitui o excedente ou o conserva pagando-o no preço previsto pelo contrato ou, tratando de uma diferença de qualidade ou da entrega de uma quantidade inferior, o credor aceite os bens recebidos dando uma contrapartida proporcionalmente menor; c) a última eventualidade prevista para fazer afastar a idéia de não-execução é de uma certa complexidade: ela supõe, primeiro, que a quantidade de coisas fungíveis devidas ficou, totalmente ou em parte, perdida ou deteriorada *sem que o devedor seja responsabilizado*¹⁵; ela implica, além disso, que o

non pereunt, o devedor que tem que entregar um bem fungível não pode, em qualquer caso, invocar o caso fortuito ou a força maior; ele não pode restringir-se atrás de uma cláusula estrangeira que não lhe seja imputável.

É preciso sem dúvida entender a fórmula como significativa *sem falta contratual caracterizada da parte do devedor* e não esquecer que esta condição negativa só é a primeira; para que a noção de não execução possa estar afastada, é preciso também que a segunda condição (precisada no texto) seja realizada. Então, é só quando as duas condições estão reunidas que o devedor das coisas fungíveis poderá escapar à aplicação da teoria do risco.

¹⁶ E um ponto sobre o qual as soluções nacionais são contrastadas: aconteça

credor aceite a entrega de uma certa quantidade de coisas diferentes ou a substituição, ou mesmo a reparação de algumas delas, ou que o juiz estime que a obrigação pode ser considerada como executada depois da entrega de coisas diferentes ou em parte substituídas ou reparadas.

Em todos estas hipóteses, comprovamos que uma atribuição subsidiária mais importante é dada ao juiz: cada vez que uma solução de socorro é prevista, destinada a salvar o contrato (que seja de forma de uma prorrogação de prazo ou de forma de uma fórmula de substituição), comprovamos que – de maneira auxiliar ao acordo do co-contratante – é prevista a possibilidade de uma autorização do juiz; não deixamos de observar que tinha sem dúvida, neste caso, algum otimismo, dado os efetivos da magistratura e o volume dos roles dos tribunais dentro dos vários estados europeus.

O artigo 94 trata da não-execução de uma obrigação de fazer: ele não se refere a nenhuma observação particular na medida em que ele retrata, para o essencial, as disposições dos dois artigos precedentes, exceto para a hipótese especial prevista pelo seu alinea 3, que aponta o caso do profissional do qual é dito que a obrigação será *considerada como inexecutada se o resultado obtido não é satisfatório*, no entanto com a possibilidade aberta ao devedor de fazer a dupla prova 1) que ele possui a habilitação profissional requerida e 2) que ele executou, no prazo, todas as diligências necessárias.

O artigo 95 trata da não-execução de uma obrigação de não fazer e trata do princípio de que a não-execução é adquirida cada vez que o ato executado transgride à obrigação com uma reserva que podemos julgar muito (talvez demais) indulgente: quando a contravenção é o fato de um preposto, auxiliar ou delegado, que não tinha conhecimento da obrigação, e que o credor – ou, aqui ainda, o juiz – acorde ao devedor um prazo para a demolição ou o conserto, se este for possível.

O artigo 96 trata da intimação do devedor e mostra uma certa originalidade na sua apresentação, já que começou enumerando quatro situações nas quais o devedor não pode ser considerado o intimado. Assim a intimação é excluída: a) na ausência de intimação prévia e escrita do credor quando nenhuma data ou nenhum termo convencional foi acertado para a execução; b) quando o credor – subsidiariamente o juiz – acordou ao devedor um prazo suplementar; c) quando, nos contratos sinalagmáticos, o credor está, ele mesmo atrasado para executar a prestação devida por ele mesmo e alocada de um termo vencido; d) quando o devedor ofereceu, no prazo útil, toda a prestação devida ao credor.

Após este acesso inicial negativo, vem então uma definição positiva que faz referência aos elementos anteriormente afastados e que podemos resumir assim: quando o termo convencionalmente previsto ou judicialmente acordado está vencido e contanto que não ficamos na terceira ou na quarta das situações acima tratadas, o devedor fica intimado; dito de outra forma, não precisa de uma formalidade particular para que o devedor seja intimado: o único vencimento do termo basta e a intimação só se impõe na ausência de data ou de termo convencionalmente previsto.

O artigo 97, por sua vez, refere-se a uma pergunta controvertida: a pergunta da imprevisibilidade¹⁶. E ele prevê que a idéia mesma da não-execução desta a ser excluída *desde que aconteçam eventos extraordinários, que não possam ser previstos e que tornem excessivamente onerosa a execução, o que dá ao devedor o direito de obter uma nova negociação do contrato*. O devedor não é, então, liberado de pleno direito: ele tem só direito a uma revisão do contrato mediante uma nova negociação. Ainda este

mesmo que numa mesma ordem jurídica (é o caso do direito francês) o contraste se manifesta conforme que consideramos os dados do direito privado ou aqueles do direito administrativo.

¹⁷ V. B. RUDDEN e Ph. JULHARD. *A teoria da violação eficaz*, Rev. Int. Dr.

direito está submetido a uma condição de tempo: para poder pretendê-lo, o devedor deve ter manifestado a intenção de tirar proveito do mesmo, seja antes que seja vencido o termo previsto para a execução, seja antes que o credor tenha-lhe feito a intimação. E então ou a negociação acaba num acordo ou então, se nenhum acordo for obtido, o devedor tem, no dia do comunicado, um prazo de trinta dias para ter recurso ao tribunal.

A noção de não execução é ainda excluída quando após a conclusão do contrato a prestação prometida fica objetivamente impossível por causas não imputáveis ao devedor, ao menos que este último tenha explicitamente, mesmo implicitamente, prometido sua garantia; neste caso ele deve indenizar o credor do dano que este sofreu por ter contado com a execução da prestação.

O artigo 98 intitula-se *violação eficaz*, que à primeira vista suscita a curiosidade¹⁷: ele dispõe que a não-execução é adquirida se o devedor abster-se de fornecer a prestação prometida porque recebeu uma oferta mais vantajosa; mas, para que isto ocorra, é preciso que uma tal possibilidade de abandono tenha sido prevista – explicitamente ou implicitamente – pelo contrato. Disposição de início curiosa, como não faltou de realçar Doyen CARBONNIER¹⁸, que expressou perplexidade frente ao mecanismo e ceticismo frente à possibilidade de transplantar esta solução, que seria de origem anglo-saxônica, nos direitos continentais. E um jurista britânico, o professor STEIN¹⁹, não deixa de observar que, se o contrato permite ao devedor desempenhar-se para aceitar uma oferta mais vantajosa, não é necessário especificá-lo. O professor GANDOLFI²⁰ explicou-se sobre as razões pelas quais pareceu desejável reter esta fórmula: reteremos então que há, neste caso, não-execução, mas, *quid* da responsabi-

Comp.1986.1015 e ref. citadas p. 1017, nota 4.

¹⁸ V. ante-projeto, p.438.

¹⁹ V. ante-projeto, p. 552.

²⁰ V. ante-projeto, pp. 554-555.

²¹ Sobre este ponto ainda, veja as explicações muito claras e muito precisas

lidade? Ela parece dever ser excluída, pelo menos, deveria ser uma responsabilidade muito atenuada na medida em que, por hipótese, a possibilidade estava aberta ao devedor de retirar-se. Na verdade, o artigo 98 sobre a violação eficaz toma sentido se nos aproximamos do artigo 102, o qual abre de certo modo uma opção simétrica ao benefício, desta vez, do credor, quando a prestação combinada revela-se por fim sem interesse para ele: este artigo 102 proíbe em princípio ao credor de recusar a prestação a ele oferecida sob o pretexto de se tornar inútil por causa das circunstâncias acontecidas posteriormente à conclusão do contrato. Mas, ainda, o princípio está acompanhado de um temperamento. O contratante pode, realmente, recusar a prestação se este direito de se arrepender (pois definitivamente é bem disso do que se trata) puder deduzir-se, mesmo implicitamente, do contrato e se, além disso, ele informou no prazo útil seu parceiro da ocorrência das circunstâncias e, em todas hipóteses, antes que este tenha preparado a execução.

O artigo 99 realça em termos claros os limites, tão delicados na prática, entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual ou quase delitual, impondo ao devedor da prestação o dever de tomar todas as disposições afim de que a execução não seja a causa ou a ocasião de qualquer dano que vá assumir o co-contratante. O desconhecimento deste dever permitirá considerar a prestação como inexecutada a não ser que *o dado tenha acontecido durante ou por causa da execução e se torne uma consequência imediata e direta*. Se tal não for o caso, só uma eventual responsabilidade extracontratual poderá ser procurada.

Outra forma de não execução é prevista pelo artigo 100 que, também, trata de apontar os limites da esfera contratual referente às situações (de fato ou de direito) que foram prometidas ou que foram o objeto de uma declaração. No primeiro caso, vai ter não-execução da obrigação contratual se o evento ou o estado de fato ou de direito prometido pelo contrato, mesmo sem contrapartida, não acontecer. Pois então, ao contrário, trata-se de

uma declaração feita fora de qualquer contrato e sem compromisso por parte do seu autor. Só uma responsabilidade extracontratual poderá eventualmente ser procurada, caso um dano resulte do fato de que a realidade não corresponde à declaração feita.

Após as disposições gerais que foram examinadas, uma seção II é consagrada à intimação do credor: a priori isso pode surpreender pois estamos acostumados a juntar intimação para cumprir uma obrigação e devedor; os juristas estão, em geral, mais familiares da *mora solvendi* do que a *mora accipiendi*; entretanto, a noção apresenta também um interesse aplicado ao credor²¹. É a origem da definição do artigo 103, definição, para dizer a verdade, meio confusa, porque é difícil reunir numa frase ou duas as várias maneiras pelas quais a má vontade do credor pode se manifestar; e é assim que o texto indica que *há intimação do credor se este último, sem motivo válido, não receba, recuse, impeça ou atrapalhe a execução da parte do devedor* e de maneira mais geral, *adote uma atitude ativa ou omissiva que não permita ao devedor executar a obrigação*. Não basta evidentemente que o credor esteja em intimação. É preciso ainda verificá-lo e é o que faz o artigo 104 convidando o devedor a enviar ao credor uma intimação, ordenando-lhe alterar seu comportamento e acordando-lhe um prazo para fazê-lo: ao termo do prazo, se o credor persiste na sua atitude, terá não-execução cabível estabelecida por parte do credor; este ponto sendo adquirido, o devedor é então liberado.

Mas não é a única maneira de o devedor obter sua liberação porque, *no lugar de estabelecer a não-execução do credor* (art.105) – quem obriga, como nós vimos, a acabar certas formalidades e a respeitar certos prazos – o devedor pode preferir *exe-*

do Professor GANDOLFI (ante-projeto, pp.571-572); v. também as observações apresentadas pelo Professor ANTUNES VARELA.

²² A terminologia *falta grave* foi preferida a aquela de *falta pesada*: é afim de

cutar a obrigação que esta na sua responsabilidade para se liberar. Com esta finalidade, o artigo 105 bota à disposição do devedor um procedimento de oferta real e, subsidiariamente, de consignação.

Tais são as disposições do anteprojeto que mostram as circunstâncias nas quais consideramos que tem não execução.

2. Os efeitos da não-execução

Antes de especificar os efeitos da não-execução, o anteprojeto trata, no seu artigo 106, das cláusulas pelas quais as partes procurariam afastar ou limitar as conseqüências da não-execução. E o artigo 106 que trata, no primeiro lugar, das cláusulas elisivas ou limitativas de responsabilidade apontando sua nulidade no caso de dolo ou de falta grave²². A solução é bem clássica, ainda que certos conhecedores estejam favoráveis a uma nulidade das cláusulas deste tipo não importa o grau de gravidade da inadimplência²³. A título complementar, o alinea 3 do mesmo texto prevê que a própria inadimplência leve não seja coberta por tais cláusulas em algumas circunstâncias, que seriam: a) quando o contratante a quem está oposta estava a serviço do beneficiado da cláusula; b) quando a responsabilidade nasce na ocasião de uma atividade profissional ou de uma atividade empresarial exercida sob um regime de monopólio ou de concessão oficial. Não será surpreendente pois sabe-se que cada vez que o qualificativo *profissional* é unido à uma responsabilidade, é para justificar um rigor maior.

A alinea 2 do mesmo artigo 106, priva os efeitos de algumas cláusulas: aquelas que teriam que permitir a uma parte de

neutralizar certas jurisprudências nacionais (especial franceses) que tem tendência considerar cada falta como estando pesada por definição? V. o clássico estudo de R.RODIERE, uma noção ameaçada: a falta ordinária nos contratos, Rev. Trim.dr.civ.1954.201.

²³ V. as observações do Professor ANTUNES VARELA, ante-projeto, p.577.

²⁴ V. por exemplo a definição dada pelo código civil francês, no seu art. 1104,

opor exceções quando estas tendem à nulidade, ao anulamento ou à rescisão do contrato.

A alínea 4 do mesmo texto deixa um lugar aos acordos que as partes podem concluir, pelos quais elas convém de margens de tolerância na execução ou da franquia em matéria de indenização com referências aos usos e às exigências da boa-fé.

O artigo 107, intitulado *não-execução de importância notável*, caracteriza esta de duas maneiras: por primeira parte, ela trata das obrigações principais do contrato. Por outra parte, ela leva para o credor um prejuízo tal, que ela priva este último substancialmente do que ele tem em direito de esperar do contrato. A título de ilustração, o texto põe em evidência dois casos caracterizados de não-execução notável: a) quando a não-execução é total ; b) ou quando, sendo parcial, *o interesse do credor em obter o restante desapareceu objetivamente*. Esta avaliação objetiva do interesse do credor merece ser sublinhada: ela vai, de fato, ao encontro de uma tradição antiga oposta, segundo a qual cada pessoa é juiz do seu próprio interesse²⁴.

É obvio que o interesse em falar de não-execução total é permitir à parte que se queixa recorrer ao remédio decisivo, que é a resolução do contrato: em outras termos, o artigo 107 tem que ser vinculado com o artigo 114, este último texto definindo as circunstâncias nas quais um contratante pode invocar um direito à resolução do contrato.

É a importante pergunta da exceção de não-execução nos contratos sinalagmáticos que é tratada pelo artigo 108²⁵: a per-

do contrato comutativo: é tal o contrato pelo qual cada parte empenha-se a dar ou a fazer um bem que é visto como equivalente de o que lhe damos ou de que fazemos para ela.

²⁵ Os trabalhos da doutrina sobre a excessão *non adimpleti contractus* são numerosos e de qualidade desde a tese clássica de doutorado de René CASSIN *Da exceção da inexecução nos relações sinalagmaticos* (Sirey edit. 1914, 800 paginas) até a esta de Senhorita C.MALECTI (LGDJ edit. 1999, 600 páginas).

²⁶ V.supra, p.5.

gunta de não-execução dos contratos sinalagmáticos sendo dominados pela idéia de não-execução traço por traço ou ponto por ponto, o artigo 107 permite ao contratante, na ausência de execução por seu parceiro, de suspender a execução de sua própria prestação, *qualquer que seja a gravidade da não-execução*. Mas esta última especificação só tem o valor de princípio porque ela deve ser completada pela indicação de que a suspensão da execução pelo contratante que opõe a exceção não deve ser *contrária à boa-fé* e o artigo 108, alinea 2, dá três exemplos de casos onde é assim. O fato de invocar a exceção será contrário à boa-fé: a) quando ele ocasiona para a outra parte conseqüências excessivamente onerosas; b) quando ele atinge um direito fundamental da pessoa; c) e sobretudo quando ele ocasiona a extinção da obrigação daquele que evoca mesmo que a não-execução seja de importância limitada. Prova que o anteprojeto não é totalmente indiferente à *gravidade da não-execução*.

No sentido dado pelo artigo 108, a boa fé têm também que desempenhar um papel no artigo 109, que supõe, por parte do devedor de uma prestação, uma execução prematura ou em quantidade superior a esta que é devida: já foi indicado²⁶ que em virtude do artigo 101 o credor tem o direito de aceitá-lo; mas ele não tem a obrigação de fazê-lo: ele pode, então, recusar esta prestação que não é estritamente conforme às previsões contratuais²⁷. Mais, esta recusa não deve ser contrária à boa fé no caso de ela ser prevista no texto citado anteriormente e na medida em que este último seja aplicável, ou seja, tiver vagas para a exceção de inexecução. No seu alinea 2, o artigo 109 refere-se, pelo contrário, ao caso de não-execução tardia e dá em qualquer caso ao credor – e desta vez, sem a menor reserva – o direito de recusá-la

²⁷ E que pode ser a origem das dificuldades particulares: por exemplo, dificuldades materiais para armazenar nas empresas que trabalham à *fluxo esticados*.

²⁸ V. *supra*, p.5.

já que ela é *posterior ao vencimento de um termo* cujo carácter essencial resulta do contrato.

Os textos abaixo (art. 111 até a 116 do ante-projeto) enumeram as diversas possibilidades ofertas ao credor que não obtem a execução exata da prestação combinada. A execução em espécie ou por equivalente, isto, é a reparação baixo diversas formas – especialmente pelo abonó de perdas e danos compensatórios – a redução do preço, o direito à resolução do contrato e as restituições são assim, cada uma, tratadas. Voltaremos ao assunto após ter indicado, ao título liminar, que o artigo 110 afasta de fato a aplicação de todas estas providências quando um prazo suplementar foi atribuído (convencionalmente ou judicialmente) ao devedor; o credor não é portanto reduzido à impotência até o vencimento. Ele pode recorrer a meios conservatórios e solicitar do tribunal que envie ao devedor as injunções, todas as perdas e danos sendo naturalmente reservados. Quando o prazo suplementar consistiu para o devedor em beneficiar de um escalonamento da sua dívida (pela hipótese pecuniária), ele perde o benefício deste escalonamento se não efetuar um pagamento que ultrapasse um do oitavo da sua dívida.

E então em decorrência do benefício desta observação prévia – e a eventualidade de perdas e danos sendo sempre reservada – que podemos, agora, destacar os diferentes remédios oferecidos ao credor:

1. O artigo 111 prevê, em primeiro, a execução em espécie cada vez que esta for *objetivamente possível* e a alinea 2, como exemplos, não enumera menos de cinco maneiras para o credor de obtê-lo: a) o corpo certo ou a quantidade de coisas fungíveis devidas quando o devedor tem ainda alguma disposição, ou que ele tenha transferido, de má-fé ou por um ato simulado, a posse para um terceiro, que deve, também, em virtude do artigo 117, ser de má fé; b) uma decisão judiciária que produzirá os efeitos jurídicos do contrato que o devedor tinha prometido concluir por um contrato preliminar que deixou não-executado: consideramos

aqui, em primeiro lugar, as vendas imobiliárias quando, como é a prática, elas foram precedidas de um anteprojeto como se fosse uma promessa de venda.

Não nos surpreenderá, obviamente, que o credor possa também obter: a) a autorização de obter junto a terceiros os gastos do devedor ou os bens objeto da prestação; b) a condenação do devedor a executar ou a terminar a prestação devida no caso de execução parcial; na falta, a autorização de executá-la ele mesmo ou de mandar executar por um terceiro ao ônus do devedor; c) a condenação do devedor a destruir o que ele teria feito em contravenção de uma obrigação de não fazer ou a autorização de não fazer ou a autorização de destruí-la pessoalmente ou de mandar destruir por um terceiro.

2. O artigo 112 prevê a possibilidade para o credor – caso o objeto da prestação apresente defeitos ou dificuldades de utilização – de: a) recorrer a providências de substituição sob a forma da entrega de uma coisa diferente ou a execução de uma prestação diferente, mediante ajustamento da contrapartida (mediante restituição de uma parte das somas depositadas ou pagamento de um complemento); b) mandar proceder à reparos ou à trabalhos técnicos de ajustamento ou organização seja pelo devedor, seja pelos terceiros ou pelos técnicos às custas do devedor.

3. Aos termos do artigo 113, quando o credor aceita a entrega de uma coisa diferente, de valor inferior ou possuindo imperfeições, ou a execução de uma prestação diferente da prestação prévia, ele pode, mediante notificação ao devedor – notificar o pagamento por um preço menor, ou, pelo menos, restituir uma parte da soma depositada. Na hipótese inversa onde a prestação oferecida ou efetuada for de valor superior àquela que for devida, referência é feita ao artigo 101: como vimos²⁸, esta disposição permite ao credor, seja de aceitar sua prestação executada de maneira antecipada ou em quantidade superior àquela que for

²⁹ V. supra, p. 9.

devida pagando uma contrapartida proporcionalmente superior, seja de recusá-la sem que, neste último caso, ele possa ser considerado como em intimação.

É da resolução do contrato que se trata-se no artigo 114: para que ele possa ser assunto de resolução, deve ser considerado que tem não-execução. Mas isso não é suficiente. É preciso ainda que se trate – pelo menos em princípio – de uma execução de importância notável, tal como aquela definida pelo artigo 107²⁹. O mecanismo da resolução é então arranjado da maneira seguinte: *o credor* – precisa o artigo 114 – *tem o direito de proceder à resolução do contrato*; quer dizer que, desde que a não-execução seja de importância notável, a resolução depende de uma decisão unilateral do credor: este fica então investido de o que as terminologias alemãs ou suíças designam sob o nome de direito formador. Assim, estamos muito longe – para não dizer no lado oposto- da solução francesa segundo a qual, mesmo que a condição resolutória seja *sempre latente no contratos sinalagmáticos* (art. 1184 al.1^{er} CCF), *o contrato não é resolvido de pleno direito* (ibid, al.2), de maneira que *a resolução deve ser pedida em justiça* (ibid, al.3). A resolução, na tradição francesa, é então essencialmente judiciária³⁰ e é preciso desdobrar uns tesouros de detalhamento, e mesmo de engenho, para que uma cláusula possa dispensar do recurso no tribunal. Aqui também, a inspiração do anteprojeto tem que ser procurada do lado da convenção de Viena, especialmente dos artigos 49 e 64 desta convenção³¹.

³⁰ V. entretanto Cass. Civ.1^o, 13/10/1998, D.1999.197, nota Ch.JAMIN, Rev.trim.dr.civ.1999.394, n^o14, obs. J.Mestre, segundo o qual *a gravidade do comportamento de uma parte a um contrato pode justificar que a outra parte termina o contrato aos seus riscos e perigos*; adde: Cass.civ.1^o, 28/4/1987, D.1988.1, nota Ph.DELEBECQUE.

³¹ Ao termo do primeiro desde textos, *o comprador pode declarar o contrato resolvido*; conforme o segundo, *o vendedor pode declarar o contrato resolvido* sendo precisado que, no dois casos, a não execução deve constituir uma *contravenção essencial ao contrato*.

³² Na terminologia suíça, eles são chamados *contratos de duração*.

À condição de fundo (uma não-execução de importância notável) vêm se juntar condições de prazo e de forma; o credor que quer resolver o contrato deve com efeito: a) enviar ao devedor uma intimação prévia pedindo a execução num prazo razoável que, em todas hipóteses, não pode ser inferior a quinze dias; b) notificar-lhe que na falta de execução neste prazo *o contrato será considerado como resolvido de pleno direito*.

Este é o mecanismo de princípio da resolução. É possível para as partes de aliviá-lo, por meio de uma cláusula prevendo que a não execução de tal ou tal prestação determinada por parte de um dos contratantes dará, de pleno direito, para o outro, o direito de resolver o contrato: em outros termos, o fato de inserir tal cláusula no contrato permite considerar a não-execução como sendo de importância notável e autoriza a pessoa que o invoca a manter o contrato com o resolvido desde que ele tenha notificado ao devedor sua intenção de tirar proveito.

Quando as circunstâncias são tais que a resolução operada pelo credor não mais pretende à execução; ele pode recusá-la e o devedor não é mais obrigado a quitá-la.

Estas disposições relativas à resolução são completadas por duas especificações úteis: por uma parte, a resolução pode ser só parcial quando a prestação for parcialmente executada e *o credor julga bom de aceitar o que ele recebeu prevalecendo-se do direito de pagar uma contrapartida proporcionalmente reduzida*, em remetência aos artigos 92 e 93; por outro lado, é especificado que nos contratos a execução sucessiva ou contrato sucessivos³², a resolução não tem efeito retroativo: ela deixa então intactas as prestações trocadas no passado e se trata, verdadeiramente, de uma resilição.

As exigências de boa fé manifestam-se enfim no alinea 6 e último do artigo 114 que prevê dois casos nos quais um contratante será privado do direito de proceder à resolução do contrato:

³³ V. supra, p.8.

a) se a não-execução encontra sua origem exclusiva numa ação ou numa omissão que lhe é imputável e isso, sem prejuízo da aplicação dos artigos 103 e 104, quer dizer das disposições sobre o atraso do credor e a imputação da não-execução ao credor³³; b) se ele reconheceu no seu co-contratante a convicção de que ele não procederia à resolução mesmo que se tratasse de uma não execução de importância notável.

O artigo 115 regula a pergunta das restituições: o que deve ser restituído é o que pôde ser depositado por antecipação, em contrapartida da prestação que ficou não executada, dada a devolução feita ao artigo 114 ao 5 sobre a ausência de todo efeito retroativo do mecanismo resolutório.

O artigo 116 lembra que o credor tem sempre o direito, em caso de não-execução, de pretender à indenização pelo devedor do dano suportado e que a obtenção de perdas e danos pode se acumular com a aplicação das outras regras que governam a não-execução.

A última disposição desta terceira parte do anteprojeto é constituída pelo artigo 117 que institui um limite geral ao direito do credor na presença de terceiros de boa fé: todas as prerrogativas reconhecidas ao credor de uma prestação não executada não podem atingir os direitos que alguns terceiros teriam adquirido de boa fé sobre coisas pertencentes a este credor ou que deveriam ter sido entregues. Os direitos destes terceiros de boa fé são então garantidos desde que eles tenham sido adquiridos anteriormente: por uma advertência escrita e notificada pelo credor em matéria mobiliária; b) tratando-se de imóveis ou de móveis matriculados, de acordo com as formalidades de publicidade sobre os registros oficiais, conforme as regras em vigor no estado local.