



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO NO ÂMBITO DA COLIGAÇÃO
CONTRATUAL ENVOLVENDO CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: David Azulay

Orientador: Professor Doutor Ricardo Pedro

Número do candidato: 20151981

Outubro de 2020

Lisboa

**A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO NO ÂMBITO DA COLIGAÇÃO
CONTRATUAL ENVOLVENDO CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO**

Dissertação apresentada à Comissão Científica do Departamento de Direito como exigência parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito em Ciências Jurídicas, sob orientação do professor Doutor Ricardo Pedro.

APROVADO EM: ____/____/____

Prof. Doutor Ricardo Pedro

Membro da Banca

Membro da Banca

Outubro de 2020

Lisboa

DEDICATÓRIA

À minha esposa **Renatinha**, mulher virtuosa, cuja vivacidade e doçura do coração me completam, inspiram e animam.

Aos meus filhos, **Frima**, **Sarah** e **Messod**, que D'us lhes conceda a longevidade dos justos.

Aos meus pais, **Messod** e **Frima**, que me ensinaram que da humildade e de um bondoso coração saem os caminhos da vida.

Aos meus sogros, **Ezra** e **Sarita** Tawil.

AGRADECIMENTOS

Devo meus sinceros agradecimentos ao **Professor Doutor Ricardo Pedro**, a quem admiro pelo brilhantismo e simplicidade, pela consecução do presente trabalho, o qual não viria à luz sem o seu auxílio e disponibilidade em orientar-me.

Agradeço a minha **amada esposa Renatinha** pelo permanente incentivo, apoio e companheirismo. A sabedoria e generosidade do seu coração a tornam a verdadeira mulher virtuosa, cujo valor está acima do de pérolas. Nas precisas palavras do Rei Salomão: “Muitas são as mulheres de valor, mas tu a todas sobrepujas” (Provérbios, 31:29)

Agradeço aos meus filhos **Frima, Sarah e Messod** pelo ininterrupto esforço de trilharem a senda dos justos.

Agradeço aos meus pais, **Messod e Frima**, pelos ensinamentos da retidão e pelo permanente apoio incondicional e absoluto.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a possibilidade de uma concessionária, diante do descumprimento do Poder Concedente de suas obrigações, invocar, a seu favor, a exceção do contrato não cumprido contra uma empresa terceira, com a qual mantenha relação contratual que objetive a aquisição de insumo necessário à prestação do serviço público, sempre que o Poder Público permanecer em mora. A indagação torna-se especialmente relevante, considerando que os contratos administrativos (incluindo-se aí o contrato de concessão), caracterizam-se por serem dotados de um regime específico, em que o contratante público possui um conjunto de poderes de autoridade sobre o particular, que visam, em última instância, resguardar o princípio geral da prevalência do interesse público. Pela mesma razão, isto é, visando a garantia do interesse público, as concessionárias de serviço público estão subordinadas a uma série de princípios, tais como o da modicidade e continuidade. Desse conjunto de normas e princípios, decorre, em muitos casos, a impossibilidade de o particular invocar a seu favor, contra o Poder Público, a exceção do contrato não cumprido. É o caso, por exemplo, de quando a paralisação do serviço implicar grave prejuízo para a realização do interesse público. Daí, então, a indagação sobre a possibilidade de oposição da *exceptio* contra as demais partes que integram a união de contratos envolvendo a concessão. O trabalho terá como pontos a serem abordados os aspectos gerais e princípios clássicos que regem os contratos; a análise do princípio da exceção do contrato não cumprido e dos seus requisitos para aplicação; a definição dos contratos coligados e identificação de suas espécies; noções gerais acerca dos contratos administrativos e peculiaridades do contrato de concessão de serviço público e, por fim, a análise da possibilidade de exceção do contrato não cumprido nos contratos coligados ao de concessão de serviço público. O presente trabalho procura fazer um apanhado geral da conceituação doutrinária e entendimento jurisprudencial português e brasileiro sobre o assunto, na busca de um melhor entendimento acerca do tema.

Palavras-chave: concessionária de serviço público; impossibilidade de interrupção do serviço público; coligação contratual; exceção do contrato não cumprido.

ABSTRACT

The present work proposes to analyze the possibility of an utility company, due to the noncompliance of the Granting Authority with its obligations, invoking, in its favor, the exception of the breach of contract against another third party company, with which it maintains a contractual relationship that aims at the acquisition necessary input for the provision of public service, as long as the Government remains on arrears. The inquiry becomes especially relevant, considering that the administrative contracts (including the concession contract there), are characterized by having a specific regime, in which the public contractor has a set of powers of authority over the individual, which aim, ultimately, to safeguard the general principle of the prevalence of public interest. For the same reason, that is, aiming to guarantee the public interest, public service concessionaires are subjected to a series of principles, such as the principle of moderation and continuity. From this set of rules and principles, it follows, in many cases, that it is impossible for the individual to invoke, in his favor, against the Public Power, the exception of the breach of contract. This is the case, for example, when the interruption of the service entails serious damage to the realization of the public interest. Hence, then, the question about the possibility of opposition of the exception against the other parties that are part of the union of contracts involving the concession. This work will approach the general aspects and classic principles that rule the contracts: the analysis of the principle of exception of the breach of contract and its requirements for application; the definition of related contracts and identification of their species; general notions about the administrative contracts and peculiarities of the public service concession contract and, finally, the analysis of the possibility of exception of the breach of contract in the contracts related to the public service concession. This paper seeks to provide a general overview of the doctrinal conceptualization and understanding of Portuguese and Brazilian jurisprudence on the subject, in search of a better understanding of this subject.

Keywords: public service concessionaire; impossibility to interrupt the public service; contractual coalition; exception of the breach of contract.

Sumário

Sumário	7
Índice de Esquema Ilustrativo	10
Abreviaturas	11
Siglas	12
Introdução.....	13
CAPÍTULO I:.....	20
1. Aspectos gerais dos contratos.....	20
1.1. Evolução Histórica	20
1.2. Princípios contratuais	24
1.2.1. Autonomia privada ou autonomia da vontade	24
1.2.1.1. Manifestação da vontade.....	27
1.2.2. Obrigatoriedade	28
1.2.3. Relatividade	32
1.2.4. Função social dos contratos	33
1.2.5. Boa-fé	35
1.2.5.1. <i>Venire contra factum proprium</i>	42
1.2.5.2. <i>Supressio, surrectio e tu quoque</i>	44
CAPÍTULO II:	45
2. Exceção do contrato não cumprido	45
2.1. Evolução histórica	45
2.2. Conceito	49
2.3. Pressupostos	50
2.3.1. Existência de um vínculo contratual sinalagmático	50
2.3.1.1. Contratos plurilaterais.....	53
2.3.1.2. Cláusula <i>solve et repete</i>	54
2.3.2. Simultaneidade das prestações.....	55
2.3.3. Inadimplemento	58
2.3.4. Boa-fé	62
2.4. <i>Exceptio</i> como exceção material dilatória.....	64
2.5. Efeitos da <i>exceptio</i>	67
CAPÍTULO III:	70
3. União de contratos.....	70
3.1. Espécies e conceito.....	70

3.2.	Espécies de formação da coligação contratual (“união com dependência”)	75
3.2.1.	Coligação <i>ex lege</i>	75
3.2.2.	Coligação natural (ou necessária)	77
3.2.3.	Coligação voluntária (expressa ou implícita).....	78
3.3.	Contratos Coligados x Contrato Único x Contrato Misto	81
3.4.	Contratos coligados x Redes contratuais.....	84
3.5.	Consequências Jurídicas.....	85
3.5.1.	Interpretação dos contratos coligados.....	86
3.5.2.	Qualificação dos contratos.....	92
3.5.3.	Derrogação do regime jurídico típico.....	94
3.5.4.	Plano da validade e eficácia	95
3.6.	A exceção do contrato não cumprido na união de contratos (contratos coligados).....	98
CAPÍTULO IV:.....		107
4.	A exceção do contrato não cumprido no âmbito da coligação contratual envolvendo concessionária de serviço público	107
4.1.	Noções gerais sobre os contratos administrativos	107
4.2.	Contratos de concessão de serviço público	114
4.2.1.	Breve histórico.....	114
4.2.2.	Conceito.....	115
4.2.3.	Elementos do contrato de concessão	117
4.2.4.	Princípios atinentes à exploração do serviço público	119
4.2.5.	Natureza Jurídica das relações entre concessionária e poder concedente	122
4.2.6.	Natureza Jurídica das relações entre concessionário de serviço público e os utentes	124
4.2.7.	Natureza das demais relações jurídicas subjacentes ao contrato de concessão de serviços públicos.....	128
4.2.8.	Equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.....	130
4.3.	A exceção do contrato não cumprido nos contratos coligados ao de Concessão de Serviço Público.....	133
4.3.1.	A problemática	133
4.3.2.	A coligação contratual	135
4.3.3.	A <i>exceptio</i>	137
5.	Conclusão	141
Referências Bibliográficas		149
Bibliografia.....		149

Legislação.....	158
Jurisprudência.....	161

Índice de Esquema Ilustrativo

Esquema ilustrativo n.º 1 – Caso de coligação voluntária, em que uma das partes é figurante em um dos contratos coligados, mas está alheio à coligação.....	86
---	----

Abreviaturas

Art. – Artigo

N.º – Número

DL – Decreto-Lei

Ed. – Edição

Ss. – Seguintes

Vol. – Volume

Consult. – Consulta

P. – Página ou Páginas

Siglas

CCP – Código de Contratos Públicos.

CC – Código Civil.

CPC – Código de Processo Civil.

CPA – Código do Procedimento Administrativo.

CA – Código Administrativo.

CDC – Código de Defesa dos Consumidores.

ERSAR - Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos.

AMT - Autoridade da Mobilidade e dos Transportes.

ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

Introdução

O princípio da autonomia privada estabelece que as partes são livres para contratar e livres para dispor com quem e sobre o que contratarão. Todavia, uma vez entabulado o negócio jurídico, válido e eficaz, as partes não podem se recusar a cumpri-lo. Essa irreversibilidade do compromisso assumido traduz o significado do princípio da força obrigatória dos contratos, também conhecido como princípio da força vinculante dos contratos, expresso pelo brocardo latino *pacta sunt servanda*¹. Daí dizer-se que “o contrato faz lei entre as partes”².

Portanto, as partes, uma vez tendo pactuado, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, permanecem vinculadas ao acordado, devendo, dessa forma, cumprir todas as condições, deveres e obrigações nele estabelecidas. O exercício da liberdade de contratar exige das partes a responsabilidade quanto aos efeitos das obrigações assumidas³.

“Nos contratos bilaterais”, segundo as lições de Caio Mario, “as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contratantes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu cocontratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte”⁴. Dessa forma, inexistindo o cumprimento da prestação por uma das partes, pode a outra invocar a seu favor a exceção do contrato não cumprido.

Trata-se do direito de uma das partes poder recusar a exigibilidade da sua prestação, em face da outra parte não haver adimplido a parte que lhe cabia. A exceção do contrato não cumprido constitui, portanto, um meio de defesa indireta contra a pretensão da outra parte. O seu objetivo não é a resolução do contrato e isenção do excipiente do dever de cumprir a prestação que lhe cabia, mas apenas o direito de recusar, momentaneamente, a prestação que lhe cabe, todo o tempo em que a outra parte não cumprir a sua parte⁵.

A doutrina, como se verá adiante, entende que para a oposição da exceção do contrato não cumprido, faz-se necessária a existência dos seguintes quatro requisitos: (i) vínculo sinalagmático; (ii) simultaneidade das prestações; (iii) inadimplemento; (iv) boa-fé.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. Vol. 3, p. 48-49.

² GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Análise do Princípio da Boa-Fé Objetiva Estatuído no Artigo 422 Do Código Civil Brasileiro**. p. 11. [em linha]. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009. 125 f. Dissertação do Programa de Pós-graduação em Direito. [Consult. 29 NOV. 2014]. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GontijoMC_1.pdf.

³ Ibidem.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3, p. 67.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **O contrato e seus princípios**. p. 88.

Voltando ao estudo dos contratos, veremos que o princípio da relatividade ou *res inter alios acta* funda-se na ideia de que os contratos somente produzem efeitos em relação às partes que manifestaram sua vontade, não vinculando terceiros estranhos à essa relação⁶. No período clássico esse princípio, pode-se assim dizer, era absoluto. Não se cogitava a produção de efeitos externos ao contrato e às partes contratantes. Em outras palavras, o contrato não poderia vincular, beneficiar ou prejudicar terceiros⁷, de cuja relação negocial não puderam manifestar e expressar sua vontade.

Com a evolução da sociedade e o incremento da complexidade das relações entre pessoas surge o fenômeno da união dos contratos, que, de acordo com a doutrina, pode ser classificado em três espécies: união extrínseca; união alternativa; união com dependência (ou união interna)⁸.

Especificamente para efeitos do presente estudo, importa-nos analisar a união com dependência (ou união interna), que se caracteriza pela existência de uma relação de sujeição e dependência entre dois contratos, de maneira tal que a validade e vigência de um esteja intimamente ligada à validade e vigência do outro⁹.

Na união com dependência (ou na “coligação contratual”, como também se refere a doutrina a este tipo), há um nexo de carácter funcional, uma unidade de função e de interesse negocial, que vincula os contratos, acarretando a produção de efeitos ou consequências jurídicas novas, além daquelas próprias de cada um dos contratos. Ou seja, os contratos deixam de ser analisados, interpretados e produzirem seus efeitos de maneira individual e autônoma, passando a integrar um único conjunto econômico, com um único objetivo a ser alcançado. Nas palavras de Pais de Vasconcelos, há “uma unidade contratual com pluralidade de tipos” e não “uma pluralidade de contratos unidos funcionalmente”¹⁰.

A união de contratos com dependência surge a partir da ideia da evolução das relações econômicas na sociedade que, indiscutivelmente, tornaram-se complexas, diante da necessidade de otimização da eficiência e dos resultados, assim como redução dos riscos. Os contratos precisaram acompanhar essa evolução, deixando para trás a visão clássica individualista, em que seus efeitos restavam restritos às partes contratantes, para uma nova

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.**, p. 47.

⁷ GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Op. Cit.**, p. 11

⁸ INOCÊNCIO, Galvão Telles – **Manual dos Contratos em Geral**, p. 475/476.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Contratos Atípicos, Coleção Teses**, p. 218/219.

forma, em que estão inseridos em operações econômicas complexas e interligadas, dando origem, assim, às redes contratuais¹¹.

Com efeito, interessa-nos analisar se o instituto da exceção do contrato não cumprido seria aplicável no âmbito da união de contratos com dependência (ou união interna), especialmente nas relações contratuais envolvendo uma concessionária de serviço público.

A grande questão que, em primeiro lugar, deverá ser analisada, é quanto ao cabimento da oposição da exceção do contrato não cumprido no âmbito dos contratos coligados entre particulares, sob a égide do direito privado. Será preciso, antes de tudo, analisar se nessa relação negocial, composta por contratos autônomos entre si, que estão vinculados a uma operação econômica global, entrelaçados num único conjunto econômico, com um objetivo comum a ser alcançado, possui os requisitos necessários para aplicação da *exceptio*.

Essencialmente, será preciso analisar, em maior profundidade, se é possível constatar a existência de um equilíbrio contratual do sistema, que demande a proteção da exceção do contrato não cumprido. Veremos que, a partir do momento em que há uma relação de interdependência entre os contratos, todos com uma única finalidade econômico-social, que transcende a individualidade de cada contrato e que constitui a razão de ser de sua união, naturalmente, forma-se dentro desse sistema contratual um equilíbrio sistemático-contratual, um vínculo “sinalagmático supracontratual”¹². Havendo o desequilíbrio de um dos contratos – por exemplo, o inadimplemento de uma das parcelas das relações jurídicas – afeta-se todo o sistema e não apenas aquele contrato individual e específico.

Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias justificam a possibilidade da exceção do contrato não cumprido nos contratos coligados por identificarem nestes o que chamam de “sinalagma trilateral”¹³. Isso porque, nesse tipo de sistema contratual, há três intervenientes que assumem obrigações interdependentes entre si, todas elas intrinsecamente limitadas ao sucesso de uma outra atribuição a cargo de parte diversa da beneficiária da primeira.

Uma vez superada essa questão, quanto à possibilidade da *exceptio* ser invocada no âmbito da união de contratos regidos por normas de direito privado, analisaremos a possibilidade da sua aplicação no âmbito de relações contratuais coligadas envolvendo concessionárias de serviço público.

¹¹ ITURRASPE, Jorge Mosset – **Contratos conexos: grupos y redes de contratos**. p. 9.

¹² GAGLIARDI, Rafael Villar – **A exceção do contrato não cumprido**. p. 198

¹³ PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro – Sobre o conceito e a extensão do sinalagma. In TELLES, Inocência Galvão – **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. p. 399.

Nesse aspecto, faremos breves considerações acerca dos contratos administrativos e o surgimento do instituto da concessão, distinguindo-o dos demais contratos de natureza eminente privada.

Veremos que o contrato administrativo se caracteriza por possuir um regime específico, em que o contratante público é dotado por um conjunto de poderes de autoridade, exercíveis por ato administrativo, destinados a assegurar a permanente adequação da relação contratual com o interesse público que justificou a sua constituição¹⁴. Trata-se, assim, de uma figura dogmática autônoma, submetida à jurisdição autônoma, que se diferencia dos contratos de direito privado celebrados pela Administração.

A relação jurídica administrativa é, portanto, a relação jurídica regulada pelo Direito Administrativo, que estabelece uma série de direitos e deveres recíprocos entre Administração Pública (qualquer pessoa de direito público ou mesmo particular investido de direito público) e qualquer outra pessoa – seja ela de direito público ou privado. Em outras palavras, trata-se de uma relação jurídica entabulada entre, no mínimo, duas pessoas, sendo uma delas sempre a Administração Pública, em que atuam no exercício de poderes ou deveres públicos, conferidos por normas de direito administrativo e com vistas à realização de um interesse público legalmente definido.

E nessa relação, tem-se que uma das partes – a Administração Pública –, ocupa uma posição de supremacia em relação à outra parte e pode exercer poderes de autoridade, em decorrência do interesse público envolvido. Por essa razão, é que a outra parte está sujeita a um conjunto de deveres e limitações especiais, como, por exemplo, o dever de manter contínua e regularmente a prestação do serviço de interesse público.

Já o contrato de concessão, espécie de contrato administrativo, caracteriza-se pela delegação, pela Administração Pública, ao particular, do exercício de atividades públicas¹⁵. Com as concessões, o estado mantém a titularidade da prestação do serviço, mas não a desenvolve diretamente.

Assim, o Estado deixa de aportar recursos públicos para o seu desenvolvimento, e deixa de assumir os riscos inerentes ao negócio, na medida em que cabe ao particular a execução do serviço em nome próprio e por sua conta e risco, submetendo-se, todavia, à normas especiais,

¹⁴ KIRKBY, Mark Bobela-Mota – Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate acadêmico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia: do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP: uma alteração do paradigma. In MIRANDA, Jorge – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. p. 760.

¹⁵ ANJOS, Joana Catarina Neto dos – Litígios entre as Concessionárias do Serviço Público de Abastecimento de Água e os Consumidores: Questão da Jurisdição Competente. **Cedipre Online**. p. 14.

regulação e fiscalização por parte da Administração Pública, que pode, inclusive, intervir na sua atividade, dependendo do caso¹⁶.

Pode-se afirmar, então, que o contrato de concessão de serviço público é a convenção por meio qual uma pessoa coletiva de direito público (o concedente) encarrega uma empresa privada (a concessionária) de prestar um determinado serviço público por sua conta e risco, sendo remunerado através do preço cobrado aos utentes, destinatários finais do serviço¹⁷.

O concessionário não possui, apenas, deveres contratuais junto à Administração Pública, mas também possui deveres regulamentares junto aos utentes terceiros (apesar de não serem integrantes do contrato de concessão), que são os beneficiários e destinatários finais dos serviços prestados.

A prestação do serviço público é regida por uma série de princípios que objetivam a satisfação dos interesses públicos, já que é tarefa do Estado prover à satisfação de necessidades essenciais e contribuir para o bem estar e a qualidade de vida de todos, tais como os princípios da universalidade, igualdade, continuidade, adaptabilidade, qualidade, segurança, transparência¹⁸ e bom funcionamento¹⁹.

É, portanto, por exemplo, em razão do princípio da continuidade que o concessionário de serviço público não pode, em caso de inadimplemento das obrigações do Poder Público invocar a seu favor, de forma indiscriminada e sem uma prévia avaliação das circunstâncias do caso concreto, a exceção do contrato não cumprido, para interromper a prestação do serviço público.

De fato, no caso da legislação portuguesa, relativamente à garantia do concessionário de recebimento do preço, veremos que o mesmo somente poderia invocar a exceção do contrato não cumprido contra o Poder Concedente, nos termos do art. 327.º do Código de Contratos Públicos, isto é, desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público; ou de ser colocada manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do cocontratante ou se revelar excessivamente onerosa a obrigação, devendo, nesse último caso, ser “ponderados os interesses públicos e privados em presença”²⁰.

¹⁶ FILHO, José Soares – Serviço Público: conceito, privatização. **Revista Jus et Fides**. p. 115.

¹⁷ ANJOS, Joana Catarina Neto dos – **Op. Cit.** p. 17/18.

¹⁸ SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro – **Lei dos serviços públicos essenciais, anotada e comentada**. p. 72.

¹⁹ MONTEIRO, António Pinto – A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais. **Estudos de Direito do Consumidor**. p. 343.

²⁰ Artigo 327.º do CCP: Exceção de não cumprimento invocável pelo cocontratante 1 - Nos contratos bilaterais, quando o incumprimento seja imputável ao contraente público, o cocontratante, independentemente do direito de resolução do contrato que lhe assista, nos termos do disposto no artigo 332.º, pode invocar a exceção de não cumprimento desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual. 2 - Se a recusa de cumprir pelo cocontratante implicar grave prejuízo para

Ainda sobre as peculiaridades envolvendo o contrato administrativo de concessão, que traduzem o poder de regulação e fiscalização por parte da Administração Pública, o concessionário não pode aumentar o preço da tarifa do serviço por ele prestado, de forma autônoma e unilateral. Isso porque, no âmbito das concessionárias de serviço público, a regulação do preço consubstancia importante mecanismo de regulação por parte da Administração Pública²¹, razão pela qual este é determinado segundo critérios pré-estabelecidos pela mesma, constantes do contrato de concessão; de regulamento próprio; por convenção administrativa multilateral ou pela entidade reguladora²².

Note-se que a concessão de serviço público tem como uma das características a existência de uma relação trilateral, composta pelo concessionário, Poder concedente, e pelo consumidor do serviço público, personagem este que não integra o contrato de concessão, mas que, em última análise, é o destinatário final e a razão de ser da concessão²³.

Além dessa relação trilateral, existem uma série de contratos que gravitam ao redor do contrato de concessão de serviço público, celebrados unicamente no intuito de a ele servir que, regidos por normas de direito privado. Cabe, então, a indagação: esses contratos, que são pressupostos para que o concessionário de serviço público possa desenvolver sua atividade, podem ser considerados como integrantes de uma união contratual com o contrato administrativo de concessão? E mais, caso sejam considerados como integrantes de uma união contratual, seria possível que uma das partes opusesse a exceção do contrato não cumprido em um contrato, em razão do inadimplemento da prestação da outra parte no outro contrato?

Imagine-se, por exemplo, o contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado pela concessionária de serviço público de transporte ferroviário e a empresa de fornecimento de energia elétrica, com único e expreso intuito de que a segunda proveja energia elétrica necessária para desenvolvimento da atividade da primeira.

a realização do interesse público nos termos do disposto na parte final do número anterior, aquele apenas pode invocar a exceção de não cumprimento quando a realização das prestações contratuais coloque manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do cocontratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença. 3 - O exercício pelo cocontratante do direito de recusar o cumprimento da prestação depende de prévia notificação ao contraente público da intenção de exercício do direito e dos respetivos fundamentos, com a antecedência mínima de 15 dias, se outra não for estipulada no contrato. 4 - Considera-se que a invocação da exceção de não cumprimento não implica grave prejuízo para a realização do interesse público quando o contraente público, no prazo de 15 dias contado da notificação a que se refere o número anterior não reconhecer, mediante resolução fundamentada, que a recusa em cumprir seria gravemente prejudicial para o interesse público.

²¹ GOUVEIA, Rodrigo – **Os Serviços de Interesse Geral em Portugal**. p. 43.

²² GONÇALVES, Pedro – **A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória**. p. 320/321.

²³ ANJOS, Joana Catarina Neto dos – **Op. Cit.** p. 21.

E que o Poder Público autorize o aumento extraordinário do preço da tarifa de energia elétrica, em decorrência de situação inesperada inusitada e, de outro lado, fundado no princípio da universalidade, deixe de autorizar o correspondente aumento da tarifa do serviço transporte ferroviário (indispensável para custeio do aumento de energia elétrica) e não adote qualquer medida visando a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

A possibilidade de oposição da exceção do contrato não cumprido pela concessionária de serviço público em face do Poder Público, em razão do princípio da continuidade, como mencionado acima, não seria tão clara e demandaria a análise do caso concreto, já que a sua paralisação implicaria grave prejuízo para a realização do interesse público.

Nesse contexto, surge, então, o interesse na análise da questão: a *exceptio* poderia ser invocada pela concessionária de serviço público de transporte ferroviário contra a fornecedora de energia elétrica, como forma de se evitar o pagamento da tarifa de energia elétrica, em razão e ao fundamento da união dos contratos, todo o tempo que o Poder Público não reequilibrar econômica-financeiramente o contrato de concessão?

A questão, como visto, envolverá a análise da teoria dos contratos, do instituto da exceção do contrato não cumprido, do tema relativo à união de contratos, bem como concernente às concessionárias de serviço público, notadamente a natureza jurídica e o direito aplicável às relações entre Poder Concedente, Concessionário e terceiros que celebrem contratos com o concessionário. Ademais, envolverá a análise dos princípios atinentes à Concessão, tais como necessidade de não haver interrupção do serviço público, bem como à obrigação a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, quando for o caso. E, por fim, a possibilidade do concessionário invocar a *exceptio* contra terceiros, como forma de se proteger do inadimplemento da Administração Pública.

Objetiva-se, sem a pretensão de esgotar a matéria, investigar as principais nuances sobre o tema para contribuir com o debate que se revela importante para os operadores do Direito e para a sociedade, indicando soluções para alguns dos principais problemas destacados neste projeto investigatório.

O tema é instigante e merece toda a atenção dos operadores do Direito, seja advogados, docentes, juristas ou estudantes, o assunto é atual e necessita de um aprofundamento para se descobrir o real alcance da exceção do contrato não cumprido no âmbito da coligação contratual, envolvendo uma concessionária de serviço público.

CAPÍTULO I:

1. Aspectos gerais dos contratos

1.1. Evolução Histórica

No Direito Romano, os contratos eram dotados do formalismo, solenidade esta que consubstanciava único requisito necessário à validade do ato jurídico. Assim, independentemente das causas que originaram o ato jurídico, por meio do qual uma das partes se obrigava à determinada prestação perante a outra, verificado o preenchimento desses requisitos formais, a obrigação tornava-se plenamente válida juridicamente²⁴.

O Direito Romano distinguia contrato de pacto, sendo ambos espécies do gênero convenção²⁵. Os contratos representavam convenções normatizadas, razão pela qual eram revestidas da proteção pela via da *actio* (podiam ter a execução reclamada judicialmente), e se dividiam em três espécies: “a) *litteris*, que exigia inscrição no livro do credor (denominado de *codex*); b) *re*, que se fazia pela tradição efetiva da coisa; e c) *verbis*, que se celebrava pela troca de expressões orais, como em um ritual religioso”²⁶.

Por sua vez, os pactos consubstanciavam acordos, não previstos em lei e, portanto, sem qualquer forma solene de celebração, razão pela qual não contavam com a proteção pela via da *actio*²⁷.

Nesse sentido, de acordo com as lições de Judith Martins-Costa, para os romanos, o contrato “era visualizado como um vínculo objetivo, mais propriamente servindo para designar as consequências do acordo, vale dizer, a vinculação obrigacional daí decorrente, e não como a manifestação de vontades opostas e convergentes ou a expressão da liberdade e autodeterminação individual: nada mais distante, portanto, da concepção subjetiva ou voluntarista acolhida no primeiro código moderno, o Code Napoléon, ao qual subjazia o brocardo ‘qui dît contractuel dît juste’, com a força de uma verdade indiscutível, colocado aí, em primeiro plano, o aspecto subjetivo do indivíduo”²⁸.

O Código de Napoleão, por sua vez, disciplinava o contrato como mero instrumento para aquisição de propriedade, como uma garantia para os burgueses e as classes proprietárias,

²⁴ ABRANTES, José João – **A Exceção de não cumprimento do contrato: conceito e fundamento**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina. 2014. ISBN 978-972-40-4953-3. p. 13-15.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 23.

²⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. p. 231 e 232

²⁷ Ibidem.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith – **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro**. p. 2.

mas com a ideia de que o contrato representava um acordo de vontades²⁹. A transferência do bem, portanto, passava a ser dependente exclusivamente da vontade das partes.

A Revolução Francesa surge como um marco divisor entre os ideais do Estado absoluto e a nova visão do Estado Liberal, que passa a admitir a subjetividade do homem, expressa pelo individualismo e autonomia de agir. Nas lições de Giselda Hironaka:

A visão crítica da história e do desenvolvimento deste ramo disciplinar caminha até a Revolução Francesa, marco de indiscutível importância que realiza a substituição do Estado absoluto pelo Estado liberal, ou Estado de Direito que, entre outros primados, identificou o homem sob a matiz da subjetividade jurídica, cujo princípio fundamental exprime-se no individualismo e na autonomia de agir, e alicerça-se na triangulação da igualdade, da liberdade individual e da propriedade privada. Enfim, foi esse o momento histórico que fotografou um Direito Civil centrado no indivíduo, pois que ele se apresenta como a causa e a razão final da esfera jurídica (p. 93-114)³⁰.

Surge, então, a noção de autonomia privada ou autonomia da vontade, como centro da teoria geral dos contratos, segundo a qual cabe às partes discutir livremente as suas condições, em situação de igualdade³¹. A expressão dessa autonomia da vontade é marcada pelo Código Civil de 1804, resultado da Revolução Francesa³².

Cabia, portanto, ao Estado, dentro desse contexto, simplesmente conciliar a autonomia de vontade dos indivíduos. Não eram consideradas as desigualdades econômicas ou sociais, mas, apenas, respeitadas as vontades das partes. Não é preciso dizer, assim, que os mais fracos eram dominados e oprimidos frente à vontade dos mais fortes, sob a justificativa de necessidade de obediência à vontade das partes. Como se vê, a igualdade era apenas formal, na medida em que, uma vez assegurada liberdade aos contratantes, tinha-se, como pressuposto, o equilíbrio da relação contratual, repita-se, independentemente das condições sociais e econômicas dos contratantes³³.

Por óbvio, essa situação ensejava situações de injustiça e de desigualdade, favorecendo a concentração do poder econômico e aumentando o desnível social³⁴. O Estado liberal,

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.**, p. 23.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes – Tendências do Direito Civil no século XXI. in FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Direito civil: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. p. 93-114.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 24.

³² GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Op. Cit.**, p. 12.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

marcado pela não intervenção sobre o domínio econômico e prevalência da vontade das partes, não era mais capaz de regular as relações sociais.

Assim, com o fim da Primeira Guerra, o Estado liberal cedeu espaço ao Estado Social de Direito, no qual passa a “prevalecer o interesse público de uma população que aguarda prestações estatais, em oposição ao interesse individual que vigorava no Estado Liberal”³⁵.

De acordo com Paulo Cruz, o Estado de Direito Social caracteriza-se por:

a) a intervenção do estado na economia com o objetivo de manter o pleno emprego. por sua vez, essa intervenção é produzida através da criação de um setor público econômico; b) a prestação pública de um conjunto de serviços de caráter universal (preferencialmente em setores como a educação, a saúde, previdência e habitação), que pretendem garantir um nível mínimo de serviços à população. a isso se pode acrescentar, como sustenta, por exemplo, Ramesh Mishra, que a responsabilidade estatal na manutenção desse nível mínimo deve ser entendido como um direito e não como uma caridade pública para uma minoria. precisamente, a seguridade social é uma das instituições mais representativas do estado de bem-estar (p. 165)³⁶.

De fato, com o fim da Segunda Guerra, observa-se um movimento estatal no sentido de comprometimento com a responsabilidade solidária e ética social. O Direito passa a atender, não mais aos interesses individuais dos particulares contratantes, mas passa a levar em consideração as necessidades da sociedade como um todo. A intervenção estatal, portanto, mostra-se presente com o fito de assegurar a igualdade das relações entre os indivíduos, isto é, o equilíbrio entre as partes³⁷.

Assim é que o contrato passa a servir e visar os interesses da coletividade, passando a desempenhar uma “função social”, e não apenas a se limitar a ser um simples instrumento que manifesta a vontade entre particulares isolados³⁸.

No Estado Liberal “a assistência ou os benefícios eram encarados sob uma perspectiva de caridade”, ao passo que no Estado Social “as prestações públicas são construídas como uma conquista da cidadania”³⁹. É nítido, pois, esse movimento do Estado no sentido de assegurar direitos sociais aos cidadãos, e, como consequência, garantir o ideal de igualdade material.

³⁵ Idem – **Op. Cit.**, p. 13.

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio – **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 165.

³⁷ GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Op. Cit.**, p. 13-14.

³⁸ Ibidem.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de – **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 78.

Há, assim, uma notável mitigação da carga individualista e liberal da autonomia da vontade das partes, com um movimento de proteção da parte vulnerável e interesses sociais da coletividade. De acordo com Bruno Torquato de Oliveira Naves é por isso, inclusive, que se observa um movimento de substituição da expressão “autonomia da vontade” – marcada por essa carga individualista – pela expressão “autonomia privada”⁴⁰.

O direito contratual deixa de se preocupar, assim, apenas com a relação e autonomia da vontade das partes contratantes, passando a enxergar, também, seus efeitos e repercussões na sociedade. Deixa-se, da mesma maneira, de se prezar tão somente pela igualdade formal, passando-se a objetivar a igualdade material dos contraentes. O Estado passou, dessa forma, a compensar as desigualdades sociais, atribuindo uma série de direitos e deveres às partes, como forma de se buscar o equilíbrio contratual⁴¹.

Nessa linha de evolução, surge o Estado Democrático de Direito, no qual a pessoa humana passa a ser o centro da proteção estatal; o ser ganha destaque e sobreposição ao ter. Nas palavras de Negreiros, “o primado do ser sobre o ter, perseguido pela leitura constitucionalizada do direito civil, traduz-se na transformação da ética da liberdade por uma ética solidária, de co-responsabilidade, cooperação e lealdade”⁴².

Surgem os princípios da função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico, por meio dos quais os princípios já existentes sofrem uma releitura. Assim, não se torna mais admissível pensar na relação obrigacional tão somente como um vínculo entre devedor e credor. Os princípios do *pacta sunt servanda* e da eficácia relativa do contrato sofrem limitações pelos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material do contrato⁴³.

A teoria contratual contemporânea, dessa maneira, deixa de se basear apenas nos princípios liberais (autonomia privada, força obrigatória, relatividade dos efeitos do contrato), como na visão tradicional. Nessa era de “socialização do direito civil”, surgem novos princípios, referidos como “princípios sociais contratuais” (princípio da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da justiça contratual)⁴⁴.

⁴⁰ GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Op. Cit.**, p. 14.

⁴¹ Ibidem.

⁴² NEGREIROS, Teresa NEGREIROS, Teresa – **Teoria do contrato: novos paradigmas**, p. 62.

⁴³ GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Op. Cit.**, p. 15.

⁴⁴ ARCANJO, Jorge relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 1198/12.0TBCVL.C1, 11 de fevereiro de 2014 [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f84fe3a3a177700380257c84003b17cb?OpenDocument>

Tem-se, assim, que uma nova concepção acerca da teoria geral dos contratos, no sentido de que o contrato não pode ser mais concebido por uma visão individualista e singular da relação entre as partes contratantes, mas no sentido da sua utilidade para a comunidade⁴⁵.

Segundo a definição de Clóvis Beviláqua, o contrato consubstancia um “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”⁴⁶.

No Código Civil português, os princípios da boa-fé objetiva; da função social do contrato; e do equilíbrio econômico do contrato foram positivados respectivamente nos seguintes dispositivos: art. 227.º n.º 1, art. 239.º e art. 762.º, n.º 2 (boa-fé objetiva), art. 334.º (função social) e art. 437.º, n.º 1 (resolução do contrato por onerosidade excessiva, isto é, equilíbrio econômico do contrato).

No Código Civil brasileiro de 2002, tais princípios são encontrados respectivamente nos seguintes dispositivos: art. 422.º (boa-fé objetiva), art. 421.º (função social) e art. 157.º c/c arts. 478.º, 479.º e 480.º (resolução do contrato por onerosidade excessiva, isto é, equilíbrio econômico do contrato).

1.2. Princípios contratuais

1.2.1. Autonomia privada ou autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade estabelece que as partes são livres para expressar suas vontades e contratar entre si, desde que não afrontem as leis, a ordem pública e os bons costumes. Trata-se do poder, referido por Miguel Reale, como “poder negocial”⁴⁷, que a ordem jurídica reconhece aos contratantes de disporem sobre seus interesses, em regra econômicos, e preverem os efeitos do negócio jurídico que, livremente, entabulem⁴⁸.

Segundo Orlando Gomes, a autonomia privada é a “esfera de liberdade da pessoa que lhe é reservada para o exercício dos direitos e a formação das relações jurídicas do seu interesse ou conveniência”⁴⁹. Trata-se, em suma, do poder de autodeterminação da pessoa, com o reconhecimento de que ela pode criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Em outras palavras, o princípio da autonomia privada estabelece que as pessoas possuem a liberdade para contratar com quem quiserem e sobre o que quiserem. Cabe, assim, às partes contratantes instrumentalizarem suas vontades, estabelecendo seus direitos e

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ *Apud* TARTUCE, Flávio – **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. p. 17.

⁴⁷ REALE, Miguel – **O Projeto de Código Civil**. p. 9.

⁴⁸ PRATA, Ana – **A tutela constitucional da autonomia privada**. p. 11

⁴⁹ *Apud* WERNER, José Guilherme Vasi – **Direito dos Contratos**. p. 5.

obrigações. As partes são dotadas da faculdade de entabular contratos, prevendo, inclusive, situações não previstas e pré-estabelecidas em leis, dando origem, assim, aos contratos inominados.

De acordo com as lições do Prof. Antunes Varela, a autonomia da vontade consiste na liberdade que as pessoas possuem de contratar; de escolher com quem irão contratar; no direito de retratação, todo tempo que a proposta não chegar ao destinatário; de estabelecerem as disposições do contrato, que possuirá plena validade perante a lei, como instrumento capaz de vincular e gerar direitos e obrigações a ambas as partes⁵⁰.

De acordo com Carlos Mota Pinto, trata-se do “poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica”⁵¹.

O princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para a celebração dos contratos atípicos⁵². Os contratos atípicos são aqueles que resultam de um acordo de vontade entre as partes, não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas fruto da criação das partes, em razão das suas necessidades e interesses. Será sempre válido desde que as partes envolvidas sejam capazes e o objeto do contrato lícito, possível, determinado ou determinável⁵³.

O princípio da liberdade contratual encontra previsão no direito português, tendo sido introduzido na ordem jurídica no art. 405.º do Código Civil. E, de acordo com alguns autores, o princípio da autonomia privada, no direito português, possui assento constitucional, sendo inferido dos preceitos que consagram os princípios da igualdade (*art. 13.º*), da liberdade (*art. 27.º, n.º 1*), da propriedade (*art. 62.º, n.º 1*), da liberdade de trabalho (*art. 53.º, n.º 3*) e da liberdade de empresa (*art. 85.º, n.º 1*)⁵⁴.

No Direito brasileiro, a liberdade contratual encontra assento nos arts. 421.º e 425.º do Código Civil, ao disporem que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Ainda no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar que o princípio da autonomia privada encontra guarida em sede constitucional nos dispositivos que asseguram o direito à livre iniciativa econômica (*art. 170.º da CRFB*) e às liberdades individuais (*art. 5.º da CRFB*).

⁵⁰ VARELA, Antunes – **Das Obrigações em Geral**. p. 211/213.

⁵¹ *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3. p. 41-42.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 41.

⁵³ *Idem* – **Op. Cit.** p. 42.

⁵⁴ RUÇO, Alberto relat. – Acórdão da 2.ª secção cível do Tribunal da Relação de Coimbra com número 995/05.8TBFND.C1, 03 de dezembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/F8A87F9400A87CCF802576A40054BFB1>

É evidente também que a autonomia privada sofre limitações de outros princípios (boa-fé, função social, ordem pública). Nesse sentido, Maria Helena Diniz leciona que “a liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo”⁵⁵.

Assim, a formação do contrato, no direito português, por exemplo, deve ser feita dentro dos limites da lei (art. 405.º do C. Civil), sendo nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável, sendo certo que também será nulo, ainda, quando for contrário à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes (arts. 280.º e 294.º do Código Civil português).

No caso da legislação brasileira, pode-se citar, ainda, como exemplos da mitigação do princípio da autonomia da vontade, a obrigatoriedade de celebração do contrato de seguro para obtenção do licenciamento de um veículo ou à vedação ao fornecedor de produtos ou serviços de “recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes” (art. 39.º, II do CDC).

No caso da escolha do outro contratante, pode-se citar como exemplo de mitigação desse princípio, os contratos públicos de concessão em regime de monopólio. Por fim, quanto ao conteúdo do contrato, a vontade das partes sofre limitações decorrentes das cláusulas gerais, sobretudo sobre aquelas que tratam sobre a função social do contrato e da boa-fé objetiva, da Lei de Defesa dos Consumidores (ou, no Brasil, Código de Defesa do Consumidor) e pela supremacia da ordem pública.

Note-se, ainda como exemplo, que os contratos de adesão representam efetiva mitigação ao princípio da autonomia da vontade das partes, na medida em que suas cláusulas são pré-estabelecidas, não havendo qualquer possibilidade de discussão pelo contratante quanto ao seu conteúdo. Nesses casos, a intervenção estatal revela-se essencial, a fim de se garantir o equilíbrio contratual e a igualdade material entre as partes.

A legislação brasileira, por exemplo, estabelece efetiva proteção nesses casos, prevendo nos arts. 423.º e 424.º do Código Civil, respectivamente, que “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” e que “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena – **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. p. 71.

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor representa efetiva intervenção estatal, no sentido de se assegurar o equilíbrio das relações contratuais entre mais fortes e mais fracos (consumidores).

Essa relativização do princípio da autonomia privada resulta, nas palavras do Ministro Eros Grau, no “reconhecimento de que os contratos, além do interesse das partes contratantes, devem atender também aos ‘fins últimos da ordem econômica’”⁵⁶. É por essa razão, inclusive, que nasce o instituto da revisão contratual, nas hipóteses de superveniente alteração das circunstâncias que deram origem ao negócio jurídico (teoria da imprevisão, teoria da base objetiva etc.).

O princípio da autonomia da vontade ou autonomia privada, pode ser definido, em poucas palavras, como o poder conferido às partes de escolha, seja com quem contratar, seja acerca do conteúdo que irá contratar, seja do próprio negócio a ser celebrado.

1.2.1.1. Manifestação da vontade

O princípio da autonomia da vontade está diretamente relacionado ao primeiro e, talvez, mais importante elemento para existência do negócio jurídico: A manifestação de vontade. A vontade se processa, num primeiro momento, na mente da pessoa – momento subjetivo, psicológico, da sua formação. A partir do momento em que a vontade é exteriorizada – fase objetiva –, por meio de uma declaração, esta se torna apta a produzir efeitos, na medida em que se torna conhecida.

Assim, pode-se dizer que não é a vontade propriamente dita que consiste em um requisito de existência dos negócios jurídicos, mas a sua manifestação⁵⁷.

O Código Civil português, em seu art. 217.º, prevê, expressamente, a possibilidade de a declaração de vontade ser expressa ou tácita, ressaltando, ainda, que a declaração tácita é assim considerada quando pode ser inferida dos fatos que a revelam, com toda a probabilidade. Ademais, de acordo com o art. 218.º do mesmo diploma legal, admite-se o silêncio como forma de declaração de vontade, desde que esse sentido seja atribuído pela lei, uso ou convenção.

A título exemplificativo, no caso de contratos administrativos, o Código dos Contratos Públicos, em seu art. 395.º, 8, reconhece como “tacitamente recebida” a obra sempre que a mesma seja afeta pelo dono da obra aos fins a que se destina.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto – **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 92.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.**. Vol. 3, p. 72.

No direito brasileiro, a manifestação de vontade também pode se dar das duas formas: É expressa quando exteriorizada por escrito, verbalmente, mímica ou gesto, de forma inequívoca. E tácita quando a vontade do agente é inferida de sua conduta⁵⁸ e somente terá validade quando a lei não exigir que seja expressa, conforme dispõe o art. 111.º do Código Civil brasileiro.

No que diz respeito ao silêncio, a legislação brasileira admite que seja interpretado como manifestação tácita da vontade, desde que “as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” (CC brasileiro, art. 111.º). Admite-se, ainda, na hipótese de a lei o autorizar, como no caso da praxe comercial (CC brasileiro, art. 432), ou quando as partes assim o convencionarem em um pré-contrato⁵⁹.

Não obstante, é certo que inúmeros vícios podem interferir nesse processo de livre manifestação da vontade, que podem incidir em dois planos: I) na própria vontade; ou II) na sua declaração.

Na primeira hipótese, há um vício da formação da vontade, seja por ausência de vontade, seja por ausência de liberdade na formação da vontade. Já na segunda, apesar de a vontade ter se formado adequadamente, algo interfere na sua exteriorização, de modo que a vontade real não corresponde à sua declaração.

Por essa razão é que, ocorrendo vícios da vontade ou na declaração de vontade, o negócio jurídico pode ser declarado nulo ou anulável, conforme o caso.

1.2.2. Obrigatoriedade

Como visto, de acordo com o princípio da autonomia privada, as partes são livres para contratar e livres para dispor com quem e sobre o que contratarão. Todavia, uma vez entabulado o negócio jurídico, válido e eficaz, as partes não podem se recusar a cumpri-lo. Essa irreversibilidade do compromisso assumido traduz o significado do princípio da força obrigatória dos contratos, também conhecido como princípio da força vinculante dos contratos, expresso pelo brocardo latino *pacta sunt servanda*⁶⁰. Daí dizer-se que “o contrato faz lei entre as partes”⁶¹.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 73.

⁶⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 48-49.

⁶¹ GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Op. Cit.** p. 11.

O *pacta sunt servanda* estabelece, em outras palavras, que as partes, uma vez tendo pactuado, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, permanecem vinculadas ao acordado, devendo, dessa forma, cumprir todas as condições, deveres e obrigações nele estabelecidas. O exercício da liberdade de contratar exige das partes a responsabilidade quanto aos efeitos das obrigações assumidas⁶².

Nas palavras de Caio Mário da Silva, “o princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos”⁶³.

O princípio da obrigatoriedade dos contratos visa garantir a segurança nos negócios jurídicos, ao não admitir que o acordo entre as partes possa ser descumprido ou alterado pela vontade de uma delas, ou mesmo por um juiz. Assim, estando os contratos em consonância com os princípios de ordem pública e com os bons costumes, adquirem força obrigatória, insuscetível de posterior modificação unilateral ou mesmo judicial.

De acordo com a concepção clássica, as únicas limitações a esse princípio seriam as hipóteses de caso fortuito ou força maior (positivadas no art. 406.º do Código Civil português e art. 393.º e parágrafo único do Código Civil brasileiro).

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, o princípio da obrigatoriedade sofreu mitigações, sobretudo porque o cumprimento de muitos contratos se tornou inviável, em razão da guerra, considerada como uma situação extraordinária. Aliado a isso, o surgimento dos movimentos sociais contribuiu para essa suavização da obrigatoriedade.

Assim, passou-se a admitir, em caráter excepcional, a possibilidade de o Poder Judiciário intervir, com o objetivo de corrigir o desequilíbrio das prestações, decorrente de situações extraordinárias, não previstas entre as partes.

Passou-se a admitir a possibilidade de resolução do contrato, quando demonstrada a ocorrência de situações excepcionais ou imprevisíveis, que tornassem impossível ou

⁶² Ibidem.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Op. Cit.** p. 15.

excessivamente onerosa a manutenção do ajuste celebrado. Essa teoria foi acolhida no art. 437.º, n.º 1 do Código Civil de português⁶⁴ e no art. 478.º do Código Civil brasileiro⁶⁵.

É preciso, todavia, que essa alteração das circunstâncias seja relevante a ponto de justificar a modificação ou mesmo a resolução do contrato. Esses fatos, além de supervenientes, devem ser extraordinários, imprevisíveis e graves e, obviamente, não fazerem parte dos riscos do próprio negócio. Nessas circunstâncias, e desde que verificado o desequilíbrio da relação contratual, admite-se, com base na onerosidade excessiva, a modificação ou resolução do contrato.

De acordo com as lições do Professor Menezes Leitão, os requisitos para aplicação da exceção prevista no art. 437.º, n.º1, do Código Civil português são: “1) A existência de uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; 2) O carácter anormal dessa alteração; 3) Que essa alteração provoque uma lesão para uma das partes; 4) Que a lesão seja de tal ordem que se apresente como contrária à boa fé a exigência do cumprimento das obrigações assumidas; 5) E que não se encontre coberta pelos riscos próprios do contrato”⁶⁶.

E explica o professor, a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar são as chamadas “bases do negócio objetiva”, isto é, as circunstâncias que, efetivamente, motivaram a decisão das partes de contratar.

O carácter anormal dessa alteração representa o carácter de imprevisibilidade daquela determinada situação, tal como uma revolução, guerra, alterações legislativas inesperadas etc..

O terceiro requisito representa o desequilíbrio das prestações contratuais, isto é, a existência de uma verdadeira modificação no equilíbrio contratual anteriormente existente.

Quanto à necessidade dessa alteração representar ofensa à boa fé, isso significa dizer que, para aplicação desse instituto, necessário se faz que, em razão da modificação superveniente das circunstâncias, o direito ao crédito da outra parte se torne ilegítimo, em razão do desequilíbrio das prestações ocasionado. Portanto, a teoria não pode ser aplicada a contratos que já tiveram a execução promovida.

Por fim, essa alteração superveniente não pode se dar no âmbito dos riscos inerentes ao próprio negócio.

⁶⁴ Art. 437º, n.º 1 Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que as exigências das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato

⁶⁵ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁶⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das obrigações**. p. 124 e ss..

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão afirma: “A alteração anormal é assim, não apenas a alteração extraordinária e imprevisível, mas ainda a alteração que desequilibra uma relação com particular intensidade. É este afinal o conteúdo útil do art. 437.º/1, ao prever que a exigência das obrigações afecte gravemente os princípios da boa fé”⁶⁷.

É latente, portanto, a manifesta ponderação de princípios: de um lado, os princípios da autonomia privada e o da obrigatoriedade, que impõem o estrito cumprimento das condições livremente pactuadas entre as partes, e, de outro, o princípio da boa-fé, que determina que as prestações devam ser proporcionais, de modo que nenhuma das partes seja colocada em posição de desvantagem em relação à outra⁶⁸.

Por essa razão que, o contratante que, por exemplo, assume a qualidade de fiador e principal pagador de dívida de terceiro perante instituição financeira, em pleno ambiente econômico instável no país, conhecendo as condições de amortização da dívida – 540 (quinhentos e quarenta) prestações, em 45 (quarenta e cinco) anos – não pode invocar para si a onerosidade excessiva do contrato, com base na alteração das circunstâncias econômicas e pessoais por parte do devedor original, que justifica o inadimplemento das parcelas devido à crise econômica vivenciada do país.

Não há dúvidas de que, no momento em que a fiança fora assumida, a parte tinha pleno conhecimento das circunstâncias econômicas e financeiras no país, bem como do longo tempo de duração do período de amortização da dívida, não se podendo considerar, portanto, como anômalo e imprevisível, o fato de que o devedor deixasse de ter condições financeiras de saldar seus compromissos. Nesse sentido é que, o Supremo Tribunal de Justiça, analisando caso idêntico, da relatoria do i. Juíz Fonseca Ramos (processo n.º 876/12.9TBBNV-A.L1.S1), deixou de aplicar a teoria da imprevisão, mantendo-se hígidos os termos do contrato de fiança celebrado⁶⁹.

Há que se observar, ainda, que, em se tratando de contratos administrativos, no caso da legislação portuguesa, aplicáveis as normas previstas no Código dos Contratos Públicos, em especial o art. Artigo 282.º, que trata sobre a reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias". **Revista da Ordem dos Advogados**. [sl]. ROA – Revista da Ordem dos Advogados. Vol. 3, 2005, n.º 65 (dez 2005) [Em linha]. [Consult. 03 mar. 2019]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-iii-dez-2005/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-onerosidade-excessiva-por-alteracao-das-circunstancias/>

⁶⁸ RAMOS, Fonseca relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 876/12.9TBBNV-A.L1.S1, de 27 de janeiro de 2015 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6e9316b15c027d0f80257ddb003d0a12?OpenDocument>

⁶⁹ Ibidem.

A a boa-fé objetiva, o equilíbrio e a função social do contrato consubstanciam tempero ao princípio da obrigatoriedade dos contratos⁷⁰.

1.2.3. Relatividade

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato ou *res inter alios acta* funda-se na ideia de que os contratos somente produzem efeitos em relação às partes que manifestaram sua vontade, não vinculando terceiros estranhos à essa relação⁷¹.

No período clássico esse princípio, pode-se assim dizer, era absoluto. Não se cogitava a produção de efeitos externos ao contrato e às partes contratantes. O contrato não poderia vincular, beneficiar ou prejudicar terceiros⁷², de cuja relação negocial não puderam manifestar e expressa sua vontade.

Nas palavras de Luiz Renato Ferreira, o princípio da relatividade dos contratos expressa, em síntese, “que a força obrigatória desse negócio jurídico é restrita às partes contratantes (*res inter alios acta*)”, de modo que apenas os contraentes tornam-se vinculados às obrigações contraídas. Portanto, o contrato é lei entre as partes e somente em relação a elas⁷³.

É por essa razão, portanto, que esse princípio consubstancia óbice, inclusive, à atuação legislativa estatal, de modo a afastar a possibilidade da nova lei retroagir e atingir os efeitos do contrato anteriormente celebrado⁷⁴.

De fato, o art. 928.º do Código Civil brasileiro de 1916 previa que “A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros”. Ou seja, não sendo personalíssima, a obrigação operava entre as partes e seus sucessores. Por óbvio, essa regra já comportava exceções, como, por exemplo, no caso de seguros de vida; separações judiciais consensuais, em que se estipulavam questões em favor de terceiros.

Essa visão, todavia, foi superada pela evolução do direito e o surgimento do princípio da função social do contrato, que passamos a tratar a seguir.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson – Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETO, Domingos [et al.] – **O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. p. 424.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 47.

⁷² GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Op. Cit.** p. 11

⁷³ SILVA, Luiz Renato Ferreira da – **Revisão dos contratos: do Código civil ao Código do consumidor**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN 8530906926. p. 24.

⁷⁴ *Ibidem*.

1.2.4. Função social dos contratos

A concepção do princípio da função social dos contratos representou mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, na medida em que, passou-se a enxergar o contrato não mais como uma fonte de direitos e deveres exclusiva entre as partes, mas como um instrumento que pode beneficiar terceiros que não são partes no ajuste, mas que possuem com ele uma ligação direta ou indireta⁷⁵.

Nesse sentido, prelecionam Mariza Rotta e Cleide Fermentão: “Na nova concepção de contrato, frente ao CDC e ao novo CC, não mais importa somente a manifestação de vontade dos contraentes, devendo-se levar em conta, também, os efeitos deste na sociedade, bem como a condição econômica e social dos participantes da relação jurídica. Na busca deste novo equilíbrio, o direito terá um papel destacado na busca da delimitação imposta pela lei, que também será legitimadora da autonomia de vontade das partes, passando a proteger determinados interesses, agora não de cunho individual, mas de interesse social, valorizando a confiança do vínculo de contratação, as expectativas e a boa fé”⁷⁶.

A função social dos contratos, revela destacar, desde já, não se confunde com o princípio da boa-fé objetiva. Isso porque, o princípio da boa-fé objetiva está diretamente relacionado ao vínculo que as partes possuem entre si (caráter endógeno), ao passo que a função social do contrato se relaciona ao vínculo que as partes possuem com a sociedade, isto é, aos efeitos que o contrato produz a terceiros estranhos à relação contratual (caráter exógena)⁷⁷.

De acordo com as lições de Humberto Theodoro Júnior, “a função social do contrato consiste em abrandar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé objetiva fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico”⁷⁸.

O princípio da função social é uma cláusula geral de ordem pública⁷⁹. Trata-se de um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que objetiva limitar o poder das partes de contratar, em prol do bem comum⁸⁰. E justamente por se tratar de uma cláusula geral, o juiz,

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.**, Vol. 3, p. 48.

⁷⁶ ROTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. – O pacta sunt servanda: cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**.

⁷⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da – **A Boa-fé e a violação positiva do contrato**, p. 119.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **O contrato e sua função social**, p. 31.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio – **Os direitos da personalidade no novo código civil**.

⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral**, p. 55.

diante da análise do caso concreto, poderá atribuir a essa “função social” valores jurídicos, sociais, econômicos e morais.

A ideia de que a análise do contrato, assim como dos efeitos que este produz, não deve se limitar ao plano individual da relação das partes, deve-se à noção de que este acaba por repercutir na sociedade. Por essa razão, dispõe o princípio da função social, que é necessário ir além da vontade singular dos contratantes, e preocupar-se com o efetivo bem-estar coletivo.

Nesse sentido, o contrato estará de acordo com a função social quando os contratantes tiverem como referência os valores da solidariedade, da justiça social, da dignidade da pessoa humana, de valores ambientais etc.⁸¹.

No direito português, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, reconhecem a ideia de que o contrato deve atender à sua função social, com base na ideia inserta no art. 334.º do Código Civil português, que assim dispõe: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Nesse sentido, vale citar trecho do voto da lavra do eminente Juiz Neves Ribeiro do Supremo Tribunal de Justiça (processo n.º 05B687), que assim se refere ao princípio da função social do contrato: “Com o que dito fica, se quer dizer que, não repugna à nossa lei, nem à doutrina, nem à jurisprudência (e até onde se pôde levar a investigação relativamente àquela e a esta), a ideia relativamente inovatória da função social do contrato. “Fim social ou económico do direito» - diz o artigo 334.º!”

O Código Civil brasileiro de 2002, por sua vez, afastando-se da concepção individualista, passou a prever, de forma expressa, em seu art. 421.º, o princípio da função social do contrato, como norteador das relações contratuais, ao dispor que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Sobre esse dispositivo, Maria Helena Diniz preleciona: “O art. 421.º institui a função social do contrato, revitalizando-o, para atender aos interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das prestações e até mesma sua resolução”⁸².

Apesar da redação do mencionado dispositivo referir-se à “liberdade de contratar” (liberdade de optar por contratar ou não), é evidente que o princípio da função social atua como

⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003**.p. 336.

⁸² DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. p. 37.

limitador à “liberdade contratual”, isto é, à liberdade das partes de disporem livremente sobre o conteúdo do contrato. Ademais, a função social funciona como limitadora da liberdade contratual, mas não como sua razão de ser (a expressão “em razão de”, prevista no referido dispositivo legal, deveria ser suprimida)⁸³.

O princípio da função social atua como limitador do princípio da autonomia da vontade, quando esta última estiver em conflito com o interesse social, tendo como escopo fazer subordinar a vontade das partes à ordem pública. Não há dúvidas, pois, de que esse princípio representa efetiva mitigação da visão clássica de que os contratantes tudo podem fazer.

É por conta desse princípio que terceiros alheios à relação contratual singular e individual das partes podem nela influenciar, quando são por ela direta ou indiretamente atingidos⁸⁴.

De acordo com Araken de Assis, o contrato cumpre sua função social quando fizer respeitar sua função econômica, que é a de promover a circulação de riquezas, jamais desprezando-se o elemento lucro. Assim, sempre que o contrato inibir o movimento natural do “comércio jurídico”, estará causando prejuízo à coletividade e descumprindo, assim, sua função social⁸⁵.

Por fim, o princípio da função social dos contratos não se restringe a atuar como limitador da liberdade contratual das partes, como observa Judith Martins-Costa, mas deve ser considerado, igualmente, na interpretação, integração, e concretização das disposições contratuais pactuadas⁸⁶.

1.2.5. Boa-fé

A evolução da teoria dos contratos, como visto, mitigou a visão do sistema jurídico antigo, que privilegiava, unicamente, a vontade das partes (princípio da autonomia da vontade) e da obrigatoriedade dos contratos. Com a introdução do princípio da boa-fé (e de outros conceitos jurídicos, como o da função social do contrato, da onerosidade excessiva etc.), o sistema jurídico deixou sua visão puramente individualista e passou a considerar, nas relações contratuais, princípios como o da eticidade, socialidade e operabilidade⁸⁷.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 29.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Op. Cit.** p. 13/14.

⁸⁵ ASSIS, Araken de – **Comentários ao código civil brasileiro: Do direito das obrigações**. p. 85/86.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith – O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de informação legislativa**. p. 5-22.

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 54.

O conceito de boa-fé possui dois sentidos: o da boa-fé objetiva e o da boa-fé subjetiva. O primeiro é visto como uma cláusula geral, uma norma de conduta, base orientadora e fundamento para solução dos conflitos de interesses. Já a boa-fé subjetiva, é tida como uma consciência de se adotar um comportamento de acordo com o direito e exigências éticas⁸⁸.

“Neste último caso”, segundo Almeida Costa, “a boa-fé reconduz-se a um conceito técnico-jurídico utilizado numa multiplicidade de normas para descrever ou delimitar um pressuposto de facto da sua aplicação. Algo de diverso sucede com o ditame da boa-fé, ele próprio uma regra jurídica que, inclusive, assume o alcance de princípio geral de direito”⁸⁹.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “o princípio da boa-fé se biparte em boa-fé *subjetiva*, também chamada de concepção *psicológica* da boa-fé, e boa-fé *objetiva*, também denominada concepção *ética* da boa-fé”⁹⁰.

De acordo com Judith Martins, a boa-fé subjetiva está relacionada ao estado de consciência da pessoa, ao convencimento individual da parte. Em outras palavras, para sua aplicação deve-se considerar a intenção, o estado psicológico, a convicção da parte⁹¹.

Ainda segundo a autora, a boa-fé subjetiva refere-se a um estado de ignorância. É o caso, por exemplo, do casamento putativo; credor putativo; dentre outros.

O princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, no âmbito dos contratos, pode ser compreendido como o dever das partes de agirem com honestidade e de cumprirem, de maneira criteriosa, todos os seus deveres assumidos, em decorrência da relação contratual entabulada. Esse dever surge já no momento das tratativas, avançando durante a formação e cumprimento do contrato⁹².

Trata-se de uma cláusula geral, que impõe aos contratantes um padrão de conduta pautado na probidade, retidão, honestidade, lealdade, obviamente, de acordo com os usos e padrões de cada localidade. Assim, nos litígios que envolvam a análise e interpretação dos contratos, o Estado-Juiz deve ter, como regra, a presunção da boa-fé das partes, ao invés da má-fé⁹³.

Nas palavras de Teresa Negreiros, “Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado

⁸⁸ REGO, Lopes do relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 2841/03.8TCSNT.L1.S1, de 17 de maio de 2012 [Em linha]. [Consult. 14 abr. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/43062520cfe1121a80257a0d0032578b>

⁸⁹ COSTA, Mario Julio de Almeida – **Direito das obrigações**. p. 120.

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 56/57.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith – **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. p. 411.

⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 54/55.

⁹³ Idem – **Op. Cit.** p. 54.

psicológico experimentado pela pessoa co contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar o gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado”⁹⁴.

Não há, pois, como se catalogar todas as hipóteses em que a boa-fé pode ser configurada, simplesmente porque esta se reveste de variadas formas, de acordo com as circunstâncias de cada caso. É justamente essa flexibilidade e imprecisão que garante a sua correta aplicação, na medida em que é dado ao julgador ou ao intérprete do contrato, a possibilidade de buscar o verdadeiro sentido e alcance do que restou estabelecido entre as partes⁹⁵.

A boa-fé é um dos princípios que devem nortear o comportamento das partes em quaisquer contratos, seja na fase de celebração, seja na sua fase de execução, deve ser considerado, como maneira de se garantir a estabilidade e a tranquilidade sociais.

Nessa linha, Orlando Gomes preleciona que “Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé”⁹⁶.

Boa fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes⁹⁷.

Assim, tem-se que, de acordo com o princípio da boa-fé, a relação obrigacional não se resume ao mero cumprimento da prestação e contraprestação devidas por credor e devedor, mas reflete elementos jurídicos autônomos que tornam a relação jurídica complexa. É nessa chamada relação intra-obrigacional complexa que se encontram os deveres acessórios da parte

⁹⁴ NEGREIROS, Teresa NEGREIROS, Teresa – **Op. Cit.** p.122/123.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith – **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação.** p. 412-413.

⁹⁶ GOMES, Orlando – **Contratos.** p. 42.

⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima – **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** p. 107.

de agir de boa-fé⁹⁸, de modo a não ensejar danos ao credor e tampouco implicar sacrifícios exagerados ao devedor.

A boa-fé emana uma série de deveres, chamados de acessórios ou secundários, dentre os quais o dever social de agir com lealdade, lisura, correção, esclarecimento, colaboração, em cada umas das diferentes situações jurídicas que venham a se apresentar ou em cada um dos atos jurídicos que a parte venha a praticar, conforme o caso⁹⁹. Trata-se, pois, de uma cláusula geral que permite a análise, compreensão, interpretação e integração do vínculo contratual estabelecido entre as partes¹⁰⁰.

De acordo com Menezes Cordeiro, o dever de esclarecimento impõe às partes a obrigação de informar umas às outras acerca de questões relacionadas ao ajuste contratual, de fatos que venham a ocorrer que possuam relação com o mesmo, assim como dos efeitos que possam ser causados, quando do cumprimento do contrato¹⁰¹.

O dever de lealdade, por sua vez, impõe às partes a obrigação de não praticar atos que subvertam a finalidade do negócio ou equilíbrio estabelecido entre as partes, na relação contratual, de modo a colocar uma das partes em posição de inferioridade, debilidade ou em situação de ignorância do alcance do contrato a ser entabulado¹⁰².

O dever de cooperação, de outro lado, representa o comportamento de se assumir uma posição de colaboração com a outra parte, ou seja, objetiva-se o interesse comum, ao invés da visão meramente individualista¹⁰³.

Nas lições de Gustavo Silveira Borges e Cristina Stringari Pasqual, a boa-fé, classicamente, possui três funções, quais sejam, a interpretativa-integrativa; a limitadora; e a criadora de deveres. Em outras palavras, é por meio da boa-fé que a relação contratual deve ser interpretada, de modo a se alcançar a verdadeira vontade das partes; se verificar se não há, por qualquer abuso por qualquer uma das partes; assim como serão identificados os deveres implícitos, além das obrigações principais ou acessórias do contrato¹⁰⁴.

Na legislação portuguesa, exige-se das partes a adoção de um comportamento pautado na boa-fé objetiva antes mesmo da efetiva assinatura do contrato, já no momento das

⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e – **Da Boa Fé no Direito Civil**. p. 586 e ss.

⁹⁹ LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, Antunes – **Código Civil Anotado**. p.4-5.

¹⁰⁰ BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari – O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**. p. 6.

¹⁰¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e – **Op. Cit.** p. 605.

¹⁰² BERNARDINO, Santos relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 03B573, 12 de junho de 2003 [Em linha]. [Consult. 17 mar. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5020dff3633756f280256db1003daa8b?OpenDocument>

¹⁰³ BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari – O dever de cooperação nas relações contratuais. **Op. Cit.** p. 3.

¹⁰⁴ Ibidem.

negociações preliminares (art. 227.º do CC português); estendendo-se pela integração do contrato (art. 239.º do CC português); e culminando com o cumprimento das obrigações dele decorrentes (art. 762.º, n.º 2 do CC português)¹⁰⁵. Cabe, assim, à ambas as partes procederem de boa-fé no âmbito da relação pré-contratual, contratual e pós-contratual.

No direito brasileiro, o Código Comercial de 1850, notadamente em seu art. 131.º, previa o princípio da boa-fé, mas como simples norma de interpretação dos contratos, nos seguintes termos: “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

O Código Civil brasileiro de 1916, que manteve uma diretriz liberal, de menor intervenção estatal e soberania da vontade das partes, não fazia referência expressa ao princípio da boa-fé objetiva, mas apenas à boa-fé subjetiva¹⁰⁶. Assim, é que previa tal instituto no art. 221.^{o107}, ao dispor sobre o casamento putativo; nos arts. 490.º e 491.^{o108} ao prever a posse de boa-fé; no art. 510¹⁰⁹, ao dispor sobre os efeitos da posse; nos arts. 550.º e 551.^{o110}, ao abordar sobre a usucapião; no art. 935¹¹¹ ao se referir ao credor putativo; e no art. 1600¹¹², ao falar sobre o herdeiro aparente.

¹⁰⁵ REGO, Lopes do relat. – Acórdão da 7ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 2841/03.8TCSNT.L1.S1, 17 de maio de 2012 [Em linha]. [Consult. 19 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/43062520cfe1121a80257a0d0032578b>

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 55.

¹⁰⁷ Art. 221. “Embora annullavel, ou mesmo nullo se contrahido de bôa fé por ambos os conjuges, o casamento, em relação a estes aos filhos, produz todos os effeitos civis até ao dia da sentença annullatoria”.

¹⁰⁸ Art. 490. “É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede da aquisição da coisa, ou do direito possuído”.

Art. 491. “A posse de boa fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente”.

¹⁰⁹ Art. 510. “O possuidor de boa fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos”.

¹¹⁰ Art. 550. “Aquele que, por trinta anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa fé, que, em tal caso, se presumem; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a inscrição no registro de imóveis”.

Art. 551. “Adquire também o domínio do imóvel aquele quem, por dez anos entre presentes, ou vinte entre ausentes, o possuir como seu, continua e incontestadamente, com justo título e boa fé”.

¹¹¹ Art. 935. “O pagamento feito de boa fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor”.

¹¹² Art. 1.600. “São válidas as alienações de bens hereditários, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro excluído; mas aos co-herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito a demandar-lhe perdas e danos”.

A boa-fé objetiva foi introduzida no Código de Defesa do Consumidor de 1990, em seu art. 4.º, III¹¹³, como um princípio orientador das relações de consumo, e no art. 51.º, IV¹¹⁴, ao se tratar das cláusulas abusivas.

Em 2002, o Novo Código Civil brasileiro, passou a prever as três funções da boa-fé objetiva, de maneira expressa, em seus arts 113.º, 187.º e 422.º¹¹⁵, ao dispor, respectivamente, que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; e “ Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Como se vê, o art. 113.º do citado diploma legal prevê o caráter interpretativo-integrativo da boa-fé, ao dispor que, no momento da interpretação dos negócios jurídicos, e, em última instância, da expressão da vontade das partes, sejam considerados “a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Já o art. 187.º versa sobre o caráter limitador do princípio da boa-fé, com a previsão de limites identificadores de condutas evitadas de abuso de direito. Por fim, o art. 422.º exalta a função criadora de deveres, os mencionados deveres anexos ou acessórios à relação contratual.

Note-se, que, apesar do citado art. 422.º fazer menção à expressão “probidade”, não se está a falar de um novo conceito, mas simplesmente de reforçar a necessidade de respeito ao princípio da boa-fé objetiva, no sentido de se manter uma postura de honestidade e uma conduta criteriosa¹¹⁶.

Nesse sentido, é a lição de Anderson Schreiber:

¹¹³ Art. 4º “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”;

¹¹⁴ Art. 51. “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”;

¹¹⁵ BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari – O dever de cooperação nas relações contratuais.

Op. Cit., p. 4.

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.**, Vol. 3, p. 55.

Sob o ponto de vista dogmático, tem-se, por toda parte, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal ; e (iii) a função restritiva do exercício de direitos.

Na primeira função, alude-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. A boa-fé impede, aí, por certo, interpretações maliciosas e dirigidas a prejudicar a contraparte, mas vai além, atribuindo à norma contratual o significado mais leal e honesto.

(...)

No que tange à segunda função, a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato, como o dever de colaboração para integral cumprimento dos fins contratuais, e assim por diante. Na verdade, os deveres anexos – também chamados acessórios, instrumentais, ou tutelares – variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, e a precisa identificação do seu conteúdo é, em abstrato, inviável. Isto não apenas os mantém a salvo de qualquer tipificação, mas também conserva o caráter aberto da cláusula geral de boa-fé objetiva.

(...)

A terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação de boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem ao *standards* impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza freqüentemente a expressão *exercício inadmissível de direitos*, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé (p. 86-91)¹¹⁷.

De acordo com a doutrina especializada, o art. 422.º do Código Civil brasileiro de 2002 consiste em uma norma aberta, que acolhe o princípio ético de que as partes devem agir de acordo com a lealdade, confiança e probidade e, portanto, autoriza ao Estado-Juiz, na análise do caso concreto e considerando os usos e costumes do local, estabelecer qual deveria ter sido a conduta das partes naquela determinada situação¹¹⁸.

¹¹⁷ SCHREIBER, Anderson – **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. p. 86-91.

¹¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.**. Vol. 3, p. 57/58.

É dessa maneira, portanto, que, após promover a análise individualista do caso, o Estado-Juiz pode determinar, de acordo com cláusula geral da boa-fé, se a conduta das partes se revestiu de legalidade ou não¹¹⁹.

Assim, ainda que o art. 422.º do CC brasileiro tenha se limitado a se referir às fases de conclusão e execução do contrato, é evidente que estão incluídas as tratativas preliminares, assim como as obrigações derivadas do contrato já executado¹²⁰.

Nesse cenário, a simples aproximação pré-contratual das partes já exige delas um comportamento pautado na lealdade. Nas palavras de Ruy Rosado, “a censura feita a quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas, ou em função do qual perdeu outras oportunidades. A violação a esse dever secundário pode ensejar indenização”¹²¹.

Ainda no âmbito da função limitadora do princípio da boa-fé, encontram-se inseridas as hipóteses de *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*.

1.2.5.1. *Venire contra factum proprium*

A proibição inserta no princípio do *venire contra factum proprium* traduz-se na vedação de que a parte venha a adotar conduta incoerente ou contraditória com seus atos praticados anteriormente. Trata-se de proteção de uma das partes frente ao comportamento que a outra pretende adotar, manifestamente contraditório ao ato anteriormente praticado por ela própria¹²².

Isso porque, ao praticar determinado ato, a parte gera perante a outra parte uma legítima expectativa. A adoção do comportamento contraditório provoca surpresa e prejuízo à outra parte, representando evidente violação aos princípios da lealdade e da confiança¹²³.

Nesse sentido, a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal brasileiro aprovou o enunciado 362.º, segundo o qual “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187.º e 422.º do Código Civil”.

De acordo com as lições de Humberto Theodoro Júnior: “Um dos grandes efeitos da teoria da boa-fé, no campo dos contratos, traduz-se na vedação de que a parte venha a observar

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de – **Extinção dos contratos por incumprimento do dever**. p. 250.

¹²¹ Ibidem.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 60.

¹²³ Ibidem.

conduta incoerente com seus próprios atos anteriores. A ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes, e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé”¹²⁴.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal consigna que são quatros os pressupostos necessários à configuração da proibição do *venire*:

Assim, há desde logo um primeiro e fundamental pressuposto a considerar: a existência de um comportamento anterior do agente (o *factum proprium*) que seja susceptível de fundar uma situação objectiva de confiança. Em segundo lugar exige-se que, quer a conduta anterior (*factum proprium*), quer a actual (em contradição com aquela) sejam imputáveis ao agente. Em terceiro lugar, que a pessoa atingida com o comportamento contraditório esteja de boa fé, vale por dizer, que tenha confiado na situação criada pelo acto anterior, ignorando sem culpa a eventual intenção contrária do agente. Em quarto lugar, que haja um “investimento de confiança”, traduzido no facto de o confiante ter desenvolvido uma actividade com base no *factum proprium*, de modo tal que a destruição dessa actividade pela conduta posterior, contraditória, do agente (o *venire*) traduzam uma injustiça clara, evidente¹²⁵.

Ou seja, de acordo com o princípio do *venire*, é vedado a uma pessoa exigir de outra um comportamento que ela mesma não teve. A incoerência das atitudes revela o comportamento contraditório e desleal, que deve ser coibido pela ordem jurídica. Nas palavras do juiz Gabriel Catarino, em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, “no *venire contra factum proprium* está em causa uma actuação do titular contraditória com um comportamento passado”¹²⁶.

Assim, por exemplo, se a realidade do histórico da relação contratual locatícia havida entre as partes aponta para o absoluto silêncio da parte credora quanto ao pagamento dos reajustes anuais, isto é, se ao longo dos anos da relação locatícia, o locador veio recebendo as verbas locatícias, mês a mês, sem qualquer ressalva, ainda que sem o valor correspondente ao reajuste anual, essa postura conduz à legítima expectativa do locatário de aceitação e quitação

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **O contrato e seus princípios**. p. 87.

¹²⁵ CAMEIRA, Nuno relat. – Acórdão da 6ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 1464/11.2TBGRD-A.C1.S1, 12 de novembro de 2013 [Em linha]. [Consult. 10 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/20092f953c21dc0380257c22003a505a?OpenDocument>

¹²⁶ CATARINO, Gabriel relat. – Acórdão da 1ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1, 25 de novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 10 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/A0BCFC49297A612080257D9C003EE5EE>

desses valores. Daí porque o locador não pode surpreender o locatário, repentinamente com a cobrança da diferença correspondente aos reajustes anuais não pagos.

A proibição do comportamento contraditório, representa, portanto, a coerência das atitudes e condutas dos contratantes ao longo da relação. Assim, “mediante a invocação da boa-fé pode considerar-se inadmissível o exercício de um direito por existir uma ‘conduta contraditória’, quando o exercício do direito é contraditório com o anterior comportamento do interessado (o chamado ‘venire contra factum proprium’) e a outra parte se adaptou ao sentido desse comportamento anterior”¹²⁷.

1.2.5.2. *Supressio, surrectio e tu quoque*

O instituto da *supressio* caminha lado a lado com o do *venire contra factum proprium*, ambos enquanto emanções do princípio da boa-fé objetiva. De acordo com as lições de Menezes Cordeiro: “Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé (...) Mais sucesso teve, por isso, a recondução da *supressio* à proibição de *venire contra factum proprium*: o titular do direito abstendo-se do exercício durante um certo lapso de tempo, criaria, na contraparte, a representação de que esse direito não mais seria actuado; quando, supervenientemente, viesse agir, entraria em contradição.”¹²⁸

Ainda em relação ao exemplo citado acima, do pagamento dos alugueis sem os reajustes anuais, se de um lado, em razão da vedação do comportamento contraditório, o locador não pode cobrar, posteriormente, os reajustes anuais do locatário, de acordo com a *supressio*, essa situação de não oposição aos pagamentos mensalmente efetuados pelo locatário sem os reajustes anuais, conduz à perda desse direito pelo locador. Ou seja, “um direito não exercido durante determinado lapso de tempo não poderá sê-lo, por contrariar a boa-fé”¹²⁹.

De outro lado, a *surrectio* consubstancia uma fonte de criação de direito subjetivo, em razão da prática continuada de determinados atos. É o caso, por exemplo, da promoção da distribuição de lucros em uma sociedade, em desacordo com as disposições constantes no seu respectivo contrato social. Essa situação pode gerar um direito das partes de continuar recebendo a distribuição de lucros na proporção tal qual vinha sendo feita¹³⁰.

¹²⁷ LARENZ, Karl – **Derecho justo: fundamentos de etica jurídica**. p. 97.

¹²⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha – **Op. Cit.** p. 797 e 808/809.

¹²⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 797.

¹³⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 797 e 808/809.

Nas palavras do já citado juiz Gabriel Catarino, em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, na *suppressio* “o decurso de um longo período de tempo sem o exercício de um direito faz com que o seu titular perca a faculdade do seu exercício”, já na *surrectio* “a manutenção de uma situação durante um longo período de tempo faz surgir numa pessoa uma faculdade jurídica que de outro modo não teria”¹³¹.

Por fim, o princípio do *tu quoque* estabelece que uma das partes que eventualmente tenha descumprido determinada norma jurídica não pode exigir da outra o seu cumprimento. Assim, por exemplo, o condômino que instala na fachada do edifício, condensadora de ar condicionado, violando norma do condomínio, não pode exigir do outro condômino comportamento diverso¹³².

Nesse sentido, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, o *tu quoque* “traduz-se na inadmissibilidade do titular do direito aproveitar-se de uma violação de uma norma jurídica exigindo a outrem que actue em consonância com as consequências resultantes dessa violação”¹³³.

O princípio *tu quoque* possui íntima relação com o princípio da exceção do contrato não cumprido, expresso no brocardo jurídico da *exceptio non adimpleti contractus*. Passemos, então, à sua análise.

CAPÍTULO II:

2. Exceção do contrato não cumprido

2.1. Evolução histórica

O Direito Romano não desenvolveu uma teoria sistemática sobre o princípio da exceção do contrato não cumprido, sem sombra de dúvidas, em razão do forte apego ao formalismo e abstração dos contratos. Como visto anteriormente, no tópico 1.1 acima, os únicos tipos de contratos admitidos no Direito Romano eram caracterizados pela solenidade e abstração. Ou seja, uma vez observados os requisitos formais necessários – formas solenes e rituais –, o

¹³¹ CATARINO, Gabriel relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1, de 25 de novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 14 jan. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/A0BCFC49297A612080257D9C003EE5EE>.

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 62.

¹³³ CATARINO, Gabriel relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1, de 25 de novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 14 jan. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/A0BCFC49297A612080257D9C003EE5EE>.

contrato era válido e as obrigações surgiam. De outro lado, sem a observância dessas formalidades necessárias, inexistia contrato, tampouco obrigação juridicamente válida¹³⁴.

Não se buscava, assim, identificar a justa causa que ensejou o surgimento das obrigações entre as partes, para que, a partir dela, se pudesse exonerar o devedor do seu cumprimento. Analisava-se, tão somente, a mera ocorrência da formalidade, como criadora das obrigações entre as partes¹³⁵. O princípio que vigorava à época, era da independência e autonomia das obrigações, que, repita-se, não poderiam estar ligadas por um nexo de interdependência recíproca¹³⁶.

O formalismo, portanto, consubstanciava condição única, necessária para a validade de qualquer ato jurídico. Os contratos admitidos demandavam a solenidade e abstração. E nada mais. Verificada a presença do requisito da formalidade, a obrigação era juridicamente válida e o contrato nascia, não sendo necessária a observância de qualquer outro requisito, como, por exemplo, a intenção das partes ou mesmo o fato que levou as partes a celebrarem o ato jurídico (princípio da abstração)¹³⁷.

Pode-se afirmar, então, que o contrato era abstrato, na medida em que não possuía qualquer relação com o fato que levou as partes a contratarem. A ideia de interdependência das obrigações era inexistente naquele sistema¹³⁸.

A evolução do Direito Romano, trouxe, sem, contudo, desenvolver qualquer teoria sobre o tema, uma ideia próxima ao que, posteriormente, veio ser conhecido como o princípio geral da interdependência das obrigações sinalagmáticas, por meio dos contratos reais e sinalagmáticos¹³⁹.

Os contratos reais eram definidos pela entrega prévia da coisa, fazendo surgir, assim, a obrigação do devedor. Já os contratos sinalagmáticos (em noção que em nada se relaciona ao conceito atual de sinalagmático), designavam os contratos que geravam obrigações para ambas as partes. Essa reciprocidade de obrigações – que surgia apenas na criação da obrigação – não significava, todavia, interdependência entre elas¹⁴⁰.

Era o caso, por exemplo, do contrato de compra e venda, em que as obrigações do vendedor e do comprador não poderiam surgir uma sem a outra. Em nenhum momento, todavia,

¹³⁴ ABRANTES, José João – **Op. Cit.**, p. 14-15

¹³⁵ ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos Coligados. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, p. 113.

¹³⁶ ABRANTES, José João – **Op. Cit.**, pág. 13.

¹³⁷ ABRANTES, José João – **Op. Cit.**, pág. 13-15.

¹³⁸ ABRANTES, José João – **Op. Cit.**, p. 15

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 13.

essa ideia de interdependência das obrigações era concebida na fase do cumprimento do contrato¹⁴¹.

No século II, por sua vez, de acordo com José Abrantes, é possível encontrar textos que consagravam o princípio da execução simultânea das obrigações contratuais. Assim, a entrega da coisa não podia ser exigida enquanto o preço não fosse pago, ou seja, o direito do vendedor era de retenção da coisa até o pagamento do preço. Já o direito do comprador residia na exceção de dolo (*exceptio mercis non traditae* ou *exceptio doli*), aplicável, por exemplo, no caso de um vendedor que envenenava um escravo antes da entrega ao comprador.

Importante notar, todavia, que essas “exceções” eram vistas como existentes por motivos de equidade e não em decorrência da ideia de conexão entre as obrigações¹⁴².

Ainda segundo o autor, é possível dizer que o direito romano clássico, de certa maneira, “pressentiu o meio de defesa que, alguns séculos mais tarde, viria a ser conhecido por *exception non adimpleti contractus*”, apesar de jamais ter elaborado uma teoria geral¹⁴³.

Foram os pós-glosadores, todavia, que construíram a teoria geral da exceção do contrato não cumprido. Posteriormente, os juristas do Direito Canônico aperfeiçoando o instituto, desenvolveram a teoria de que, qualquer pessoa que assumisse um compromisso, empenhando sua palavra, deveria se manter fiel e cumprir o ajustado, sob pena de ver não cumprida a contraprestação contratada – interdependência das obrigações sinalagmáticas¹⁴⁴. No período seguinte ao Direito Canônico, Bártolo cria a teoria geral do instituto da exceção¹⁴⁵.

O Direito Espanhol primitivo, a partir do século XIII, continha previsão de aplicação da teoria geral da exceção do contrato não cumprido no âmbito nos contratos bilaterais e especificamente no contrato de compra e venda¹⁴⁶.

No século XV, era possível observar os principais traços da teoria da exceção do contrato não cumprido, com fundamento na equidade e justiça comutativa. Sua aplicação por parte da jurisprudência era ampla¹⁴⁷.

No direito francês, todavia, a partir do século XVI até o século XVIII, percebe-se um desaparecimento do instituto da exceção do contrato não cumprido da doutrina e jurisprudência,

¹⁴¹ Idem – **Op. Cit.**, p. 16.

¹⁴² Idem – **Op. Cit.**, p. 16-17.

¹⁴³ Idem – **Op. Cit.**, p. 17.

¹⁴⁴ Idem – **Op. Cit.**, p. 19.

¹⁴⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*)**, p. 147.

¹⁴⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar – **Op. Cit.**, p. 28.

¹⁴⁷ ABRANTES, José João – **Op. Cit.**, p. 20.

em razão da teoria da resolução do contrato não cumprido, também elaborada pelo Direito Canônico e confirmada por Bártolo¹⁴⁸.

Em razão das necessidades econômicas da época essa última teoria ganha predominância na França, fazendo a primeira cair em esquecimento, como uma figura autônoma. A exceção, portanto, passou a ficar restrita a casos específicos, previstos em leis. O Código Napoleônico, assim, ignorou o instituto, limitando-se a reproduzir as soluções anteriormente dadas no direito romano, por exemplo, no caso de compra e venda¹⁴⁹.

Posteriormente, Cassin – um marco para o Direito Francês – desenvolve a teoria da exceção de inexecução, nos seguintes termos: “um meio de defesa baseado na boa fé facultando a quem quer que se encontre obrigado por virtude de uma relação sinalagmática sem que esteja vinculado a cumprir em primeiro lugar, e que consiste na recusa da prestação devida até a contraparte cumprir, por seu turno, a contraprestação que sobre ela recai”¹⁵⁰.

De acordo com o autor, a exceção do contrato tem o fim de preservar o equilíbrio criado pelas partes no momento da assinatura do contrato. E se distingue do direito de retenção porque este último tem uma relação de conexão material entre a coisa retida e o crédito do retentor, enquanto a primeira decorre de uma relação de conexão jurídica entre as duas obrigações. Ou seja, sempre que houver o nascimento de duas obrigações de uma mesma relação jurídica, haverá espaço para a exceção¹⁵¹.

Nesse momento histórico, o direito francês passa a admitir a aplicação da teoria da exceção do contrato não cumprido em todas as relações que geravam obrigações recíprocas, oriundas de uma mesma fonte.

Já o Código Italiano de 1865 apenas previa a aplicação concreta do princípio da exceção do contrato não cumprido, no âmbito do contrato de compra e venda¹⁵².

O primeiro Código Civil português também não previa, de forma expressa, a exceção do contrato não cumprido como regra geral, limitando-se a prever o instituto no caso específico do contrato de compra e venda, em seu art. 1574. Não obstante, apesar do silêncio da lei, tal instituto era amplamente admitido pela doutrina e jurisprudência¹⁵³.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 20-22.

¹⁵⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 23.

¹⁵¹ Idem – **Op. Cit.** p. 23-24.

¹⁵² Idem – **Op. Cit.** p. 26.

¹⁵³ Ibidem.

No Direito Alemão, a partir do século XVI, a regra da exceção do contrato não cumprido era aplicável em todos os contratos sinalagmáticos, tendo sido consagrada pelo Código Civil alemão de 1900¹⁵⁴.

Atualmente, os Códigos Latinos consagram expressamente o princípio da exceção do contrato não cumprido. É o caso, por exemplo, do Código Civil português (art. 428.º e seguintes) e, em se tratando de contratos administrativos, o Código dos Contratos Públicos português (art. 327.º); Código Civil italiano (arts. 1460.º e seguintes)¹⁵⁵ e Código Civil brasileiro (art. 476).

2.2. Conceito

A exceção do contrato não cumprido é a faculdade que cada uma das partes detém, nos contratos bilaterais (sinalagmáticos), de recusar o cumprimento da sua prestação enquanto a contraprestação devida não for cumprida pela outra parte ou esta não oferecer o cumprimento simultâneo da contraprestação¹⁵⁶. Em outras palavras, nenhuma das partes pode exigir o cumprimento da prestação sem que, antes, tenha cumprido a parte que lhe cabia.

“Nos contratos bilaterais”, segundo as lições de Caio Mario, “as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contratantes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu cocontratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte”¹⁵⁷. Inexistindo o cumprimento da prestação por uma das partes, pode a outra invocar a seu favor a *exceptio*.

A exceção do contrato não cumprido constitui, portanto, um meio de defesa indireta contra a pretensão da outra parte. O seu objetivo não é a resolução do contrato e isenção do excipiente do dever de cumprir a prestação que lhe cabia, mas apenas o direito de recusar a prestação que lhe cabe (momentaneamente), todo o tempo em que a outra parte não cumprir a sua parte¹⁵⁸.

Verifica-se, assim, a dupla função exercida pela exceção do contrato não cumprido: (i) de garantia, na medida em que protege o excipiente do devedor insolvente; (ii) coercitiva, pois funciona como forma de pressão e de coerção, para que o devedor cumpra com sua parte¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 27.

¹⁵⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 31.

¹⁵⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 35.

¹⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Op. Cit.** p. 67.

¹⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **O contrato e seus princípios.** p. 88.

¹⁵⁹ SILVA, João Calvão da – **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória.** p. 337/338.

A *exceptio* é, portanto, o direito que confere à parte a possibilidade de recusar a exigibilidade da sua prestação, em face do excepto não haver adimplido a parte que lhe cabia. Como se vê, em momento algum se debate o mérito do direito arguido, tampouco a existência das respectivas obrigações contraídas por cada uma das partes envolvidas. Mas, como dito, contesta-se a sua exigibilidade¹⁶⁰.

Já no Direito português, o instituto da exceção do contrato não cumprido encontra previsão no art. 428.º e seguintes do Código Civil, nos seguintes termos: “Art. 428. n. 1. Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo”. Observe-se, ainda, que, em se tratando de contratos administrativos, será aplicável o art. 327.º do Código dos Contratos Públicos.

No Direito brasileiro, referida regra encontra previsão no art. 476.º do Código Civil, que assim dispõe: “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

A recusa do excipiente em cumprir a prestação que lhe cabia, por meio da oposição da *exceptio*, exige a existência de determinados requisitos, para que seja considerada regular e lícita. Vejamos, a seguir, esses pressupostos de admissibilidade.

2.3. Pressupostos

2.3.1. Existência de um vínculo contratual sinalagmático

A exceção do contrato não cumprido é oponível, apenas, no âmbito dos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, ou seja, no âmbito das relações contratuais em que ambas as partes possuam obrigações recíprocas e interdependentes.

Nas palavras de José Abrantes, a configuração desse sinalagmatismo, necessário à oposição da exceção, se assenta na ideia de “interdependência entre obrigações que deles reciprocamente emergem para ambas as partes”¹⁶¹.

A *exceptio*, portanto, tem espaço naquelas relações em que há um vínculo de interdependência entre duas prestações, em que cada uma dessas prestações é contrapartida da outra; em que uma não nasce sem a outra e uma não se extingue sem a outra. É preciso, assim que haja uma prestação de um lado e, de outro, a sua respectiva contraprestação.

¹⁶⁰ RODRIGUES, Silvio – **Direito civil**. p. 83-85.

¹⁶¹ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 35.

Assim, por exemplo, se “A” contrata a empresa “B” para execução de uma obra, por um contrato de empreitada, e “B”, por sua vez, em dado momento, deixa de executar os serviços para os quais fora contratado, “A” poderá invocar a seu favor a *exceptio*, e deixar de pagar o preço correspondente ao período de inexecução, até que a prestação devida por “B” seja cumprida.

O mesmo ocorre nos contratos de compra e venda: o comprador pode se recusar ao pagamento do preço todo o tempo em que o imóvel não lhe for entregue nas condições em que prometido.

Tem-se, assim, que a *exceptio* é restrita aos contratos bilaterais (p. ex., contrato de locação, de empreitada, de compra e venda etc.), os quais geram obrigações para ambas as partes. Mas, não apenas isso, essas obrigações são interdependentes, possuem um vínculo de união, denominado sinalagma. É justamente essa corresponsabilidade das obrigações que constitui o traço marcante desses contratos¹⁶².

Nos contratos bilaterais sinalagmáticos, sempre haverá uma prestação acompanhada da sua respectiva contraprestação. Assim, no caso de uma empreitada, a execução da obra é a prestação que enseja (a causa ou motivo determinante) da obrigação de pagar o preço.

Conforme assinala Antunes Varela, a exceção do contrato não cumprido, para que seja aplicável, exige não apenas a existência de obrigações para ambas as partes, mas a relação de interdependência e reciprocidade entre elas¹⁶³.

Nesse sentido, a jurisprudência portuguesa é firme na afirmação de que, não havendo sinalagmatismo, não há como se invocar a *exceptio*. Confira-se: “A exceção de não cumprimento do contrato só opera relativamente às obrigações sinalagmáticas, e não pode invocar-se relativamente a quaisquer outras obrigações, ainda que dimanem do mesmo contrato e sejam de oposta polaridade”¹⁶⁴.

Nesse aspecto, importa observar que o sinalagmatismo não necessariamente demanda uma equivalência real das prestações. Isto é, não é necessária a existência de um contrato bilateral, cujas prestações sejam recíprocas e equivalentes, com absoluta igualdade de valor real. É suficiente, apenas, que cada um dos contratantes veja, no momento da assinatura do contrato, equivalência dessas prestações¹⁶⁵.

¹⁶² VARELA, João de Matos Antunes – **Das Obrigações em Geral**. p. 406.

¹⁶³ LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, Antunes – **Op. Cit.** p. 406.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Hélder relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 509/07.5TBCBR-B.C1, de 26 de maio de 2009 [Em linha]. [Consult. 25 jan. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/6ee0616081f9e260802575ec003ae6eb?OpenDocument>.

¹⁶⁵ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 36-37.

Nas palavras de Enneccerus, “não é necessário que (a contra-prestação) seja um equivalente, basta que tenha sido prometida como equivalente, ou seja, que deva ser isso segundo a intenção declarada pelas partes”¹⁶⁶.

Portanto, nos exemplos acima, pouco importa se o custo para execução da obra era superior ou inferior ao que outra empresa cobraria do excipiente, ou se o preço estipulado pela venda do imóvel estava acima ou abaixo do valor médio do mercado. Uma vez que as partes, e desde que estavam cientes das condições no momento em que contrataram, ajustaram a correspondência das prestações, o fato é suficiente para configuração do sinalagmatismo e possibilidade de ser invocada a *exceptio*.

Dito de outra forma: não há necessidade de as prestações serem objetivamente equivalentes, sendo suficiente que as partes reconheçam essa situação, no momento do estabelecimento do vínculo contratual, isso porque impera a regra da livre estipulação contratual (princípio da autonomia da vontade)¹⁶⁷.

Vale lembrar que os contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela existência de obrigações mútuas entre as partes. Os contratantes são simultaneamente devedores uns dos outros, ou seja, ambos são credores e devedores do outro, ao mesmo tempo, de modo que podem exigir e serem exigidos quanto ao cumprimento de suas respectivas prestações¹⁶⁸.

A doutrina identifica dois aspectos do sinalagma, quais sejam, o genético e o funcional. No primeiro caso, a interdependência das prestações é verificada na origem, na raiz, na formação do contrato. Ambas obrigações surgem em decorrência do mesmo fato jurídico e constituem a razão de ser da obrigação contraída pela outra parte, em uma evidente relação de interdependência e reciprocidade das obrigações¹⁶⁹.

Assim, se uma das obrigações for declarada nula, nos termos do art. 401.º, n.º 1 do Código Civil português¹⁷⁰, isso é, por impossibilidade originária da prestação, a nulidade se estenderá a todo o contrato.

No aspecto funcional do sinalagma, a relação de interdependência é verificada no momento do cumprimento das prestações. Ambas as prestações devem ser cumpridas de forma paralela e correspondente. É, “precisamente nesta dependência funcional”, segundo Miguel

¹⁶⁶ ENNECCERUS, Ludwig – **Tratado de derecho civil: Derecho de obligaciones**. p. 161

¹⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de – Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**. p. 18-31.

¹⁶⁸ AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de – **Compra e venda, troca ou permuta**. p. 63.

¹⁶⁹ VARELA, Antunes – **Op. Cit.** p. 397.

¹⁷⁰ Art. 401, n.º 1: “A impossibilidade originária da prestação produz a nulidade do negócio jurídico”.

Serpa, “que se permite a recusa de uma prestação tanto que a outra não se mostre disposta a realizar a que lhe incumbe”¹⁷¹.

Ainda na análise do requisito do sinalagma, não se pode deixar de referir-se aos ditos contratos bilaterais imperfeitos. Tratam-se dos contratos que, originalmente somente geram deveres a uma das partes, mas, no decorrer da relação contratual, fazem surgir obrigações a outra parte, sendo estas desvinculadas da relação de reciprocidade típica do sinalagma.

Podemos citar, a título de exemplo, os contratos de comodato e de depósito: originariamente, são constituídas obrigações apenas a uma das partes. Todavia, durante a execução do contrato, podem surgir obrigações a outra parte, como na hipótese do depositário ou comodatário ter incorrido em despesas (em razão do comodato ou do depósito), fazendo surgir ao depositante ou comodante a obrigação de indenizá-lo¹⁷².

Essa obrigação de indenização ou reembolso pelas despesas ou prejuízos incorridos em razão do contrato, constitui crédito superveniente e acessório ao contrato. Não há simultaneidade, sinalagmatismo, tampouco qualquer nexo causal entre essas prestações. Como se vê, não há uma prestação a sua respectiva contraprestação. As obrigações de uma das partes são eventuais e surgem de forma accidental ao objeto do contrato, muitas das vezes, inclusive, em razão de fatos posteriores à celebração do negócio¹⁷³.

Por essa razão é que, essa categoria de contratos não faz parte do universo dos contratos bilaterais, não admitindo, portanto, a oposição da *exceptio*, repita-se, em razão da ausência do requisito do sinalagmatismo, consistente na corresponsividade que liga as obrigações principais do contrato¹⁷⁴.

Em suma, “a exceção de não cumprimento é, pois, a faculdade que, nos contratos bilaterais, tem por objectivo sancionar o dever de cumprimento simultâneo das obrigações compreendidas no sinalagma”¹⁷⁵. Ausente o sinalagmatismo, inviável a oposição da exceção do contrato não cumprido.

2.3.1.1. Contratos plurilaterais

Os contratos plurilaterais são aqueles que possuem mais de duas partes, cada uma delas assumindo a sua obrigação perante todas as demais. Apesar da pluralidade de partes, há uma

¹⁷¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Op. Cit.** p. 248.

¹⁷² ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 40.

¹⁷³ VARELA, Antunes – **Op. Cit.** p. 317/318.

¹⁷⁴ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 41/42.

¹⁷⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 48.

convergência de interesses para um objetivo comum. Nesse tipo de contrato, admite-se a oposição da *exceptio*, desde que observado o vínculo sinalagmático¹⁷⁶.

Em outras palavras, o demandado ao adimplemento poderá recusar a sua prestação se a prestação (ou prestações) da outra parte for essencial ao fim objetivado pelo contrato. Não é o que ocorre se a prestação inadimplida for de menor importância, hipótese em que não será possível a oposição da *exceptio*¹⁷⁷.

É o caso, por exemplo, do contrato de sociedade (arts. 980.º e ss. do Código Civil português¹⁷⁸). Se um dos sócios descumprir com suas obrigações perante a sociedade, pode, esta, suspender o pagamento dos seus dividendos.

Nesse sentido, vale transcrever as lições de Miguel Serpa¹⁷⁹: “Em dadas circunstâncias, desde que o inadimplemento da prestação de uma das partes torne inexecutível o objetivo comum da sociedade, influenciando sobre as prestações das outras partes, desde que se observe a presença de um vínculo sinalagmático, desde que a prestação não cumprida pode ser considerada essencial à obtenção do objetivo comum, quer porque as partes não a consideraram executível, de conformidade com o estabelecido no contrato, se nos afigura possível o emprego da exc. n. ad. cont. Cada parte pode recusar-se a adimplir a sua prestação, quando a parte ou as partes que peçam o adimplemento não tenham, de seu lado, cumprido a prestação que lhes incumba”.

Como se vê, mesmo nos contratos plurilaterais é possível a oposição da *exceptio*. Isso, todavia, sempre quando for possível verificar, além dos demais requisitos, a reciprocidade das prestações.

2.3.1.2. Cláusula *solve et repete*

No direito brasileiro, em razão do princípio da autonomia da vontade das partes, admite-se a validade de cláusula contratual *solve et repete* (pague e depois reclame), que restringe o direito das partes de se utilizarem da *exceptio*. Em outras palavras, na hipótese de as partes terem ajustado disposição nesse sentido, ainda que uma das partes esteja inadimplente, a outra não poderá recusar a prestação que lhe caiba¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 50-51.

¹⁷⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 99-100.

¹⁷⁸ Art. 980º do Código Civil português: “Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade”.

¹⁷⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Op. Cit.** p. 262/263.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 190.

Referida cláusula não é muito usual, sendo encontrada em alguns contratos com a Administração Pública, visando a proteção desta última ou em contratos de arrendamento de imóveis residenciais. Nas relações de consumo, notadamente no direito brasileiro, não possui validade, por se tratar de cláusula abusiva que coloca o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51.º do CDC)¹⁸¹.

2.3.2. Simultaneidade das prestações

Além de sinalagmáticas, para que seja possível opor a *exceptio*, é imprescindível que as prestações sejam executadas simultaneamente, de modo que seja possível que uma parte recuse o cumprimento da sua obrigação enquanto a prestação da outra não for executada. Assim, é preciso que ambas as obrigações tenham alcançado o seu termo de vencimento e, portanto, sejam exigíveis¹⁸².

O dever de cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas recai sobre cada uma das partes, em razão da interdependência das prestações, do nexa causal que une as obrigações¹⁸³.

Segundo as lições de Silvio Rodrigues, “é mister que as prestações sejam simultâneas, pois, caso contrário, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal defesa”¹⁸⁴. A atuação das partes, portanto, está condicionada à atuação da outra, nos limites do princípio da simultaneidade.

Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, “Em tese, verificada a reciprocidade e equivalência das prestações, que devem ocorrer simultaneamente – essência dos contratos bilaterais –, e autorizadas da oposição de exceção de contrato não cumprido, cada um dos contratantes sujeita-se ao cumprimento estrito das cláusulas avençadas, sendo certo que, se uma das partes não cumpre a sua obrigação, na hipótese, – realizar a obra nos termos em que previsto no projeto e contrato respectivos –, pode a outra recusar ao cumprimento da sua, que seria o pagamento das parcelas restantes, sob o fundamento da inexecução do contrato, ou ainda, pela execução defeituosa, também abrangida pela norma prevista no art. 1.092 do CC/16 (correspondência: art. 476 do CC/02)”¹⁸⁵.

¹⁸¹ Idem – **Op. Cit.** p. 191.

¹⁸² ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 46.

¹⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 80.

¹⁸⁴ RODRIGUES, Silvio – **Op. Cit.** p. 83/85.

¹⁸⁵ ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp 706.417/RJ, 13 de fevereiro de 2007 [Em linha]. [Consult. 18 mar. 2019]. Disponível em

Não havendo disposição contrária, as obrigações presumem-se simultâneas e exigíveis a qualquer tempo, nos termos do art. 777.º, n.º 1, do Código Civil português¹⁸⁶.

Pode ocorrer, todavia, como prevê o n.º 2 do citado dispositivo¹⁸⁷, do vencimento das obrigações serem distintos. Nesses casos, apesar do vínculo de interdependência das prestações, a exceção do contrato não cumprido não pode ser invocada pela parte obrigada a cumprir a prestação em primeiro lugar.

É o caso, por exemplo, do comprador que se obriga a efetuar o pagamento do preço somente após a entrega da coisa pelo vendedor. Por óbvio, este último não pode recusar-se, com base na *exceptio*, a efetuar a entrega da coisa pelo fato de o preço não ter sido pago, porque este não é exigível. Nesse sentido, o art. 428.º, n.º 1 do Código Civil português, a *contrario sensu*, dispõe que “Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo”.

É fato, todavia, que, apesar do contratante obrigado a comprimir em primeiro lugar não poder invocar a seu favor a *exceptio*, o segundo poderá fazê-lo. Assim, no exemplo anterior, o comprador poderá recusar-se ao pagamento do preço enquanto não tiver sido feita a entrega.

Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça é firme: “Tendo havido estipulação de prazos diferentes para o cumprimento das prestações, a limitação constante da parte inicial do art. 428.º, n.º 1, do CC, aplica-se, apenas ao contraente que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, continuando a ser admissível para o outro o recurso à excepção de não cumprimento, não entrando em mora se não realizar a sua prestação enquanto a sua contraprestação não for realizada”¹⁸⁸.

Havendo disposição legal ou contratual que estabeleça qual dos contratantes deverá cumprir em primeiro lugar a prestação devida, inviável que este invoque a *exceptio*, a seu favor, ao argumento de que a outra parte não satisfaz a sua contraprestação.

Acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro também já posicionou o seu entendimento nos seguintes termos, em decisão assim ementada:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=633269&num_registro=200401697885&data=20070312&formato=PDF

¹⁸⁶ Art. 777º, n.º 1.: “Na falta de estipulação ou disposição especial da lei, o credor tem o direito de exigir a todo o tempo o cumprimento da obrigação, assim como o devedor pode a todo o tempo exonerar-se dela”.

¹⁸⁷ Art. 777º, n.º 1.: “Se, porém, se tornar necessário o estabelecimento de um prazo, quer pela própria natureza da prestação, quer por virtude das circunstâncias que a determinaram, quer por força dos usos, e as partes não acordarem na sua determinação, a fixação dele é deferida ao tribunal”.

¹⁸⁸ FONSECA, Granja da relat. – Acórdão da 7.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4871/07.1TBBRG.G1.S1, de 22 de janeiro de 2013 [Em linha]. [Consult. 02 abr. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b6bf335b22c7233c80257afd004ee70f?OpenDocument>.

A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre. Já aquele que detém o direito de realizar por último a prestação pode postergá-la enquanto o outro contratante não satisfizer sua própria obrigação. 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 mínimo¹⁸⁹.

Como toda regra, existem exceções à simultaneidade. O art. 429.º do Código Civil português¹⁹⁰, por exemplo, traz a hipótese da parte obrigada ao cumprimento em primeiro lugar que, pode recusar-se à prestação, nos casos de perda do benefício do prazo.

A perda do benefício do prazo, no direito português, ocorre quando o devedor ficar insolvente ou, por culpa sua, diminuem as garantias do crédito ou não sejam prestadas as garantias prometidas, nos termos do art. 780.º, n.º 1 do Código Civil¹⁹¹. Nesses casos, o credor – originariamente obrigado ao cumprimento em primeiro lugar –, poderá provar o vencimento da obrigação do devedor e invocar a seu favor a *exceptio*.

Justifica-se tal regra em razão da conduta reprovável do devedor de, por culpa sua, não prestar as garantias prometidas ou fazer diminuir suas garantias de crédito, ou dos riscos impostos ao credor, no caso da insolvência do devedor¹⁹².

Disposição semelhante encontra-se no Código Civil brasileiro, que dispõe que “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”.

¹⁸⁹ ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp981.750/MG, 13 de abril de 2010 [Em linha]. [Consult. 10 abr. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=961599&num_registro=200702038714&data=20100423&formato=PDF.

¹⁹⁰ Art. 429 do Código Civil português: “Ainda que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, tem o contraente a faculdade de recusar a respectiva prestação enquanto o outro não cumprir ou não der garantias de cumprimento, se, posteriormente ao contrato, se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo”.

¹⁹¹ Art. 780º, n.º 1, do Código Civil português: “Estabelecido o prazo a favor do devedor, pode o credor, não obstante, exigir o cumprimento imediato da obrigação, se o devedor se tornar insolvente, ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada, ou se, por causa imputável ao devedor, diminuírem as garantias do crédito ou não forem prestadas as garantias prometidas”.

¹⁹² ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 67.

Assim como na legislação civil portuguesa, a brasileira pretende, com este dispositivo, em nome do imperativo da justiça contratual, proteger o credor, diante da alteração das circunstâncias da outra parte, apontam para uma alta probabilidade de inadimplemento da sua obrigação.

A simultaneidade é a regra para aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido, admitindo, como visto, exceções.

2.3.3. Inadimplemento

A exceção do contrato não cumprido pressupõe o inadimplemento das obrigações de ambos contratantes: o excipiente recusa-se ao cumprimento da sua prestação, quando o excepto a reclama, sem, todavia, ter executado a sua contraprestação¹⁹³.

Como se vê, para que se opere a *exceptio*, a recusa da prestação pelo excipiente deve estar fundamentada no inadimplemento contratual da outra parte, sempre quando este último for exigível, ou seja, esteja vencido.

É preciso observar-se, todavia, que a exceção do inadimplemento somente terá espaço na hipótese de o descumprimento contratual da outra parte não ser definitivo, ou seja, na hipótese em que o excepto ainda tenha condições de cumprir com sua obrigação. Do contrário, a hipótese será de resolução do contrato¹⁹⁴.

A exceção do contrato não cumprido, registre-se, não se confunde com a resolução do contrato, por descumprimento do credor. Nesta última, o réu afasta a própria existência do direito do autor, em vista da sua inadimplência. “Logo, a alegação de incumprimento do autor não é só exceção, é defesa que ataca o próprio direito alegado pelo autor”¹⁹⁵.

Assim, no caso da exceção do contrato não cumprido, a parte retém lícitamente a sua prestação, quando o não cumprimento pela outra parte não é definitivo. No entanto, se esse inadimplemento for definitivo, a parte pode eximir-se do cumprimento da sua obrigação e resolver o contrato. No caso da primeira, a parte retarda o cumprimento da sua obrigação. No caso da segunda, recusa-a definitivamente ou exige a sua restituição¹⁹⁶.

Em outras palavras, na exceção do contrato não cumprido, se um dos contratantes deixa de cumprir com sua obrigação no tempo e modo devidos – mas o cumprimento ainda é possível

¹⁹³ Idem – **Op. Cit.** p. 74.

¹⁹⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 75.

¹⁹⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de – **Op. Cit.** p.224/225.

¹⁹⁶ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 45.

–, a outra parte pode recusar a contraprestação, enquanto perdurar essa situação de inadimplência. É o que dispõe o art. 428.º, n.º 1 do Código Civil português¹⁹⁷ e o art 476.º do Código Civil brasileiro¹⁹⁸.

Já no caso de resolução do contrato, diante do inadimplemento definitivo, a parte prejudicada pode rescindir o contrato, exigindo, quando é o caso, a restituição da prestação já efetivada. É o que dispõe o art. 801.º, n.º 2 do Código Civil português¹⁹⁹ e o art 475.º do Código Civil brasileiro²⁰⁰.

Fica claro, portanto, que a *exceptio* possui caráter transitório e não consubstancia sanção ao excepto, mas uma forma de se manter o equilíbrio temporal das obrigações sinalagmáticas, e, ao mesmo tempo, de coagi-lo a cumprir sua prestação.

Nesse sentido, vale citar as lições dos doutrinadores Pires de Lima e Antunes Varela²⁰¹: “A *exceptio* não funciona como uma sanção, mas apenas como um processo lógico de assegurar, mediante o cumprimento simultâneo, o equilíbrio em que assenta o esquema do contrato bilateral”.

É esse, inclusive, o entendimento pacífico da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão da lavra do eminente Juiz Tomé Gomes: “A “*exceptio non adimpleti contractus*” é uma arma de defesa que obsta a que um dos contraentes possa subverter a justiça comutativa, possa exigir ao outro contraente a prestação sem realizar simultânea ou previamente aquela a que está vinculado. Dada a sua natureza e escopo, tal exceção emerge do próprio contrato bilateral”²⁰².

A oposição da exceção de forma alguma pode ser interpretada como mora ou descumprimento contratual por parte do excipiente, cuja exigibilidade da sua prestação, ao contrário, fica suspensa²⁰³.

¹⁹⁷ Art. 428. n. 1. do Código Civil português: “Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo”.

¹⁹⁸ Art. 476 do Código Civil brasileiro: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

¹⁹⁹ Art. 801. n. 2. do Código Civil português: “Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro”.

²⁰⁰ Art. 475 do Código Civil brasileiro: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

²⁰¹ LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – **Op. Cit.** p. 406.

²⁰² GOMES, Tomé relat. – Acórdão da 2.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 21600/08.5YYLSB-A.S1, 9 de julho de 2015 [Em linha]. [Consult. 02 jan. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bd63b81c71176d8a80257e81003731ef?OpenDocument>

²⁰³ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 76.

De outro lado é certo que nenhuma das partes pode invocar a seu favor a *exceptio* “sem motivo justificado”. Nessa hipótese, a responsabilidade pela mora será imputada ao excepto. É o que dispõe o art. 813.º do Código Civil português²⁰⁴.

Nesse sentido, vale citar trecho do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, da relatoria do eminente Juiz Fonte Ramos. Confirma-se²⁰⁵: “A excepção do contrato não cumprido não pressupõe a culpa do devedor da contraprestação no seu atraso. A inexecução por parte deste pode ser-lhe imputável ou não, isto é, tanto pode ele constituir-se em mora (art. 804.º, n.º 2) como não. Ainda que o cumprimento lhe não seja imputável, antes obedeça a circunstâncias fortuitas, independentes da vontade, a *exceptio* é invocável pelo outro contraente. O contraente apenas não pode alegar a excepção se se encontrar ele próprio em mora *accipiendi*, o que acontece, nos termos do art. 813.º, quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”.

Tem-se, assim, que, não havendo justo motivo para recusa, a oposição da *exceptio* importará na mora do excipiente.

Com relação ao inadimplemento parcial, é viável a oposição da excepção do contrato parcialmente cumprido (*excpetio non rite adimpleti contractus*). Na prática, esta encontra-se inserida na excepção do contrato não cumprido²⁰⁶.

A *exceptio* também pode ser invocada nos casos de cumprimento defeituoso do contrato, isto é, nos casos em que a qualidade da prestação ou qualquer outra questão relevante ao negócio jurídico não tenha sido atendida. Em suma, nos casos em que a prestação é cumprida, mas não nas condições devidas, em que foi ajustada²⁰⁷.

A respeito do tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal é firme no sentido de “que a doutrina, tanto a contemporânea do Cód. de Seabra, como a actual, sustentam que também no caso de cumprimento defeituoso ou do não cumprimento parcial o contraente pode recusar a sua prestação, enquanto a outra não for rectificada ou completada: a excepção toma, nestes casos, a designação de *exceptio non rite adimpleti contractus*”²⁰⁸.

²⁰⁴ Art. 813 do Código Civil brasileiro: “O credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”.

²⁰⁵ RAMOS, Fonte relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 142115/09.2YIPRT.C1, 14 de julho de 2010 [Em linha]. [Consult. 14 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ff2c9e0579c5e821802577a800319f0e?OpenDocument>

²⁰⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de – **Op. Cit.** p.224/225.

²⁰⁷ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 82/83.

²⁰⁸ RIBEIRO, Helena relat. – Acórdão da 1ª Secção - Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Norte com número 00782/10.1BECBR, 20 de novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 25 fev. 2019]. Disponível em

Nesses casos, todavia, é preciso observar que a exceção do contrato não cumprido precisa obedecer aos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e boa-fé, em relação à gravidade e extensão da inexecução da outra parte. Nessa linha, vale transcrever trecho do voto do eminente Juiz Oliveira Rocha, do Supremo Tribunal de Justiça:

A exceção do não cumprimento do contrato, consagrada no art. 428.º do CC, é uma consequência natural dos contratos sinalagmáticos, pois, neles, cada uma das partes assume obrigações, tendo em vista as obrigações da outra parte, de sorte que se romperia o equilíbrio contratual, encarado pelas partes, se caso uma delas pudesse exigir da outra o cumprimento sem, por outro lado, ter cumprido o que se prestar a cumprir.

No caso de incumprimento parcial, o alcance da exceção de não cumprimento do contrato deve ser proporcional à gravidade da inexecução, o que só poderá implicar uma recusa parcial por parte do credor; isto é, o credor poderá tão só suspender, parcial e proporcionalmente, a prestação, segundo o princípio da boa fé que deve presidir a toda a temática do cumprimento das obrigações²⁰⁹.

Por óbvio, o alcance da *exceptio* nos casos de incumprimento parcial deve se dar na exata medida e proporção do descumprimento promovido pelo excepto.

Assim, imagine-se a hipótese de as partes terem celebrado um contrato de empreitada (e, portanto, um contrato bilateral ou sinalagmático), do qual resultam prestações e contraprestações interdependentes, quais sejam, a obrigação de executar a obra e a do pagamento do preço. Neste caso, não poderá o dono da obra recusar o pagamento integral das notas faturadas pelo empreiteiro, baseado no fato de que alguns poucos trabalhos nelas descritos não foram executados. É o que decidiu o Supremo Tribunal de Justiça português, no Acórdão da lavra do eminente Juiz Oliveira Rocha (processo n.º 4913/05.5TBNG.P1.S1)²¹⁰.

Tem-se, assim, que, no caso de inexecução parcial ou de execução defeituosa, a *exceptio* somente poderá ser oposta na forma de uma recusa parcial. Isso porque não seria justo que uma

<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/62287e9bb9161cc480257e07005414b1?OpenDocument>

²⁰⁹ ROCHA, Oliveira relat. – Acórdão da 2ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4913/05.5TBNG.P1.S1, 04 de fevereiro de 2010 [Em linha]. [Consult. 24 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e133a878c0643ec9802576c5003362db?OpenDocument>

²¹⁰ ROCHA, Oliveira relat. – Acórdão da 2ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4913/05.5TBNG.P1.S1, 04 de fevereiro de 2010 [Em linha]. [Consult. 24 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e133a878c0643ec9802576c5003362db?OpenDocument>

das partes opusesse a recusa integral da sua prestação, quando a outra parte tivesse cumprido, ainda que parcialmente a sua contraprestação.

Essa não é, entretanto, a solução dada pela legislação alemã, que admite a possibilidade de o excipiente recusar integralmente a prestação devida, em caso de descumprimento parcial, “desde que a recusa não seja contrária à boa fé”²¹¹.

De igual maneira, é requisito para que seja possível invocar a *exceptio* que o inadimplemento da outra parte seja grave, e que haja equilíbrio e proporcionalidade entre as prestações devidas pelas partes.

Não é suficiente, portanto, a ocorrência de qualquer tipo de falta, mas é necessária a verificação de que esta seja grave, para que se justifique a aplicação do referido instituto²¹². O inadimplemento do credor sendo de leve teor não pode ser utilizado como fundamento a justificar a oposição da *exceptio*²¹³.

Assim, por exemplo, se o locatário for privado do gozo da coisa em termos meramente parciais, não poderá recusar o pagamento integral dos alugueis, com base na exceção do contrato não cumprido, que somente seria justificável se a privação da coisa fosse total²¹⁴.

Em suma, o demandado a cumprir sua prestação somente pode invocar a seu favor a exceção do contrato não cumprido de forma proporcional ao descumprimento praticado pelo demandante (excepto).

2.3.4. Boa-fé

Assim como os negócios jurídicos devem estar pautados na boa-fé, a exceção do contrato não cumprido, também, deve estar subordinada à esta cláusula geral, que impõe às partes de agirem com honestidade e de cumprirem, de maneira criteriosa, todos os seus deveres assumidos, em decorrência da relação contratual entabulada.

²¹¹ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 85.

²¹² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 189.

²¹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Op. Cit.** p. 311.

²¹⁴ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 100.

No direito português, esse impositivo encontra-se insculpido nos arts. 227.º e 762.º, n.º 2, do Código Civil²¹⁵, ao passo que, no direito brasileiro, encontra previsão no art. 422.º do respectivo Código Civil²¹⁶.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “sendo o instituto animado de um sopro de equidade, deve à sua invocação presidir a regra da boa-fé, não podendo erigir-se em pretexto para o descumprimento do avençado”²¹⁷.

De acordo com as lições de Menezes Cordeiro, “a exceção de contrato não cumprido deve ser sempre usada nos limites da boa fé, sem o que pode provocar um abuso do direito. Assim sucede quando uma pessoa recuse uma prestação vital para o credor, a pretexto de um pequeno atraso na contraprestação, quando nada leve a fazer crer a sua intenção de não cumprir, em definitivo”²¹⁸.

Assim, tem-se que a boa-fé funciona como verdadeira limitadora da atuação da *exceptio*. No caso concreto, o juiz deve verificar se o exercício da *exceptio* representa violação da cláusula geral da boa-fé ou não, ou seja, verificar se a arguição da *exceptio* gerar a quebra do sinalagmatismo das prestações.

Nesse sentido, vale citar as lições de Miguel Serpa que afirma que “A função do Juiz não termina quando, após ter ele adquirido certeza de que o excipiens se comporta sem malícia, nem mesmo quando ele haja igualmente sondado as intenções do autor, responsável por uma prestação incompleta. Cumprir que ele ascenda mais alto, que tome em consideração, na falta de convenções especiais, os usos, costumes da sociedade em que vivem os contratantes, a equidade no sentido largo da palavra”²¹⁹.

A *exceptio*, como forma de recusa de cumprir a prestação em razão do descumprimento da contraprestação devida pela outra parte, deve, portanto, ser pautada na boa-fé (objetiva e subjetiva), considerando-se os costumes da localidade, de maneira que seja possível avaliar a proporção da recusa do excipiente frente ao inadimplemento do excepto.

²¹⁵ Art. 227, n.º 1, do Código Civil português: Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

Art. 762º, n.º 2, do Código Civil português: No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.

²¹⁶ Art. 422 do Código Civil brasileiro. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

²¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Op. Cit.** p. 160.

²¹⁸ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil IX: Direito das Obrigações, Cumprimento e não cumprimento.** p. 141.

²¹⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Op. Cit.** p. 240.

E um exemplo muito claro disso, já abordado por nós em tópico anterior, diz respeito ao inadimplemento parcial. A recusa da prestação pela parte demandada a cumpri-la somente pode se dar de maneira proporcional ao descumprimento perpetrado pelo excepto.

Portanto, a exceção, sempre quando invocada, deverá se operar de maneira razoável e proporcional ao descumprimento da outra parte. Nesse sentido, entende a jurisprudência, “A boa – fé constitui um limite à alegação de tal exceção face ao cumprimento inexacto do contrato, podendo levar inclusivamente à sua negação, já que a parte da prestação recusada pelo excipiente deve ser proporcional à parte ainda não executada pelo contraente faltoso”²²⁰.

Nessa mesma linha, a jurisprudência brasileira afirma: “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 quando o descumprimento do contrato é parcial e mínimo”²²¹.

A boa-fé, como se vê, determina que as partes adotem uma postura de tolerância com a outra. Assim, não há como se admitir a recusa integral da prestação, frente o inadimplemento de parte mínima de obrigação devida pela outra parte.

Tem-se, portanto, que a oposição da *exceptio* de forma contrária à boa-fé representa manifesto abuso de direito e, portanto, a ilegitimidade do seu exercício. Nesse sentido, dispõem os arts. 334.º do Código Civil português²²² e 187.º do Código Civil brasileiro²²³.

2.4. *Exceptio* como exceção material dilatória

Como visto, nos contratos bilaterais, cada uma das partes se obriga frente a outra a cumprir determinada prestação, de modo que, cada um dos contratantes tem o direito em relação à prestação do outro. Por força do sinalagmatismo, é certo que essas prestações possuem

²²⁰ FONSECA, Granja da relat. – Acórdão da 7.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4871/07.1TBRRG.G1.S1, de 22 de janeiro de 2013 [Em linha]. [Consult. 02 abr. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b6bf335b22c7233c80257afd004ee70f?OpenDocument>.

²²¹ ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com número 2007/0203871-4, de 13 de abril de 2010 [Em linha]. [Consult. 04 mar 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9385352&num_registro=200702038714&data=20100423&tipo=51&formato=PDF

²²² Art. 334º do Código Civil português: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

²²³ Art. 187º do Código Civil brasileiro: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

interdependência entre si, resultando daí que, se uma das partes inadimplir a sua prestação, poderá a outra, com base na *exceptio*, recusar a sua obrigação²²⁴.

Como se vê, é justamente por conta da interdependência das prestações que qualquer uma das partes podem, obviamente, se assim quiserem, opor a *exceptio*. Pode-se dizer que o demandado a cumprir a prestação possui um direito subjetivo, disponível, de ver a contraprestação ser cumprida simultaneamente à sua²²⁵.

Trata-se, pois, nas palavras de José Abrantes, de um “contra-direito” do demandado (do réu), que pode ou não por ele ser exercido, daí porque ser considerado uma “exceção”²²⁶.

Do ponto de vista doutrinário, as exceções podem ser classificadas em algumas categorias, dentre as quais destacamos a duas a seguir: (i) exceções processuais e materiais; e (ii) peremptórias e dilatórias (vide art. 493.º do Código de Processo Civil português)²²⁷.

As exceções processuais definem-se por aquelas questões suscitadas pelo réu no âmbito do direito processual. São, por exemplo, as nulidades processuais, como ausência de intimação válida da parte; incompetência do Juízo, para processar e julgar o processo; etc. Nesses casos, o direito material invocado pelo autor não é atingido diretamente, mas, como dito, apenas a regularidade do processo²²⁸.

Já as exceções materiais dizem respeito às causas impeditivas, modificativas e extintivas invocadas pelo réu, em relação ao direito do autor. É o caso, por exemplo, do autor que pretende a condenação do réu ao pagamento de aluguéis e este último alega que os já quitou, antes mesmo do ajuizamento da ação²²⁹.

Quanto à segunda forma de classificação das exceções, as peremptórias definem-se pela recusa invocada pelo réu, de forma definitiva. Já no caso das dilatórias, a recusa não é definitiva e ação pode, inclusive, ser ajuizada novamente, em momento posterior²³⁰.

Essa forma de classificação das exceções encontra expressa previsão no art. 493.º do Código de Processo Civil português, que assim as define nos n.ºs. 2 e 3, que estabelece que “As exceções dilatórias obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal” e que “As perentórias importam a absolvição total ou parcial do pedido e consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor”.

²²⁴ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 126.

²²⁵ *Idem* – **Op. Cit.** p. 127.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ *Idem* – **Op. Cit.** p. 129.

²²⁸ *Idem* – **Op. Cit.** p. 130.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*.

São, portanto, exemplos de exceções dilatórias (cf. art. 494.º do Código de Processo Civil português), as alegações relativas à incompetência, absoluta ou relativa, do Tribunal; à nulidade do processo; à ilegitimidade de uma das partes; dentre outras.

De acordo com a definição do art. 493.º do Código de Processo Civil português, a *exceptio* poderia ser enquadrada como uma exceção peremptória. Todavia, a doutrina entende se tratar de uma exceção material, porque se funda em razões de direito material (e não processual) e dilatória, porque tem o condão de afastar, apenas, temporariamente o direito do autor²³¹.

Nesse diapasão, José João Abrantes esclarece que a exceção “non adimpleti contractus” é exceção material (ou de direito material), porque fundada em razões de direito substantivo; é dilatória, porque não exclui definitivamente o direito do autor, apenas o paralisa temporariamente ou retarda²³².

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que, “A exceção de não cumprimento é uma exceção dilatória de direito material que, uma vez invocada, obsta temporariamente a que o outro contraente possa obter a sua prestação”²³³.

A exceção do contrato não cumprido, portanto, é medida típica de defesa no processo judicial, por meio da qual o réu não nega o direito do autor, mas apenas lhe opõe um direito que, temporariamente, suspende a exigibilidade da sua obrigação²³⁴.

Cabe, assim, ao demandado comprovar a existência de uma obrigação interdependente à sua, que deixou de ser cumprida pelo demandante (excepto). De igual maneira, no caso de oposição da exceção do contrato parcialmente cumprido, cabe ao excipiente a prova desse incumprimento parcial.

A exceção do contrato não cumprido, pode, ainda, ser alegada no âmbito extrajudicial, antes mesmo do ajuizamento de uma ação. Assim, sendo uma das partes demandada ao cumprimento de uma prestação, sem que antes, contudo, o tenha feito o demandante, o primeiro poderá opor a *exceptio*, por meio de uma declaração receptícia, e recusar, assim, o cumprimento da sua contraprestação. Trata-se de um direito potestativo da parte suspender a exigibilidade da

²³¹ VARELA, Antunes – **Op. Cit.** p. 321.

²³² ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 129

SILVA, João Calvão da – **Op. Cit.** p. 334.

²³³ GOMES, Tomé relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 21600/08.5YYLSB-A.S1, de 09 de setembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bd63b81c71176d8a80257e81003731ef?OpenDocument>

²³⁴ GAGLIARDI, Rafael Villar – **Op. Cit.** p. 47.

sua obrigação através de uma declaração receptícia²³⁵ (como ocorre, no caso da resolução extrajudicial, prevista no art. 436.º, n.º 1 do Código Civil português), no âmbito extrajudicial²³⁶.

Nesse sentido, é firme a jurisprudência portuguesa, no sentido de que “Quando exercido extrajudicialmente, o direito potestativo de suspender o poder do seu devedor exigir a realização da contraprestação faz-se através de uma declaração negocial receptícia, à semelhança da resolução extra-judicial, prevista no art. 436.º n.º 1 do Código Civil. Daqui resulta que, uma vez chegada ao conhecimento do destinatário (art. 224.º do Código Civil), dá-se o efeito suspensivo da exceção de não cumprimento do contrato” e conclui “Já o exercício judicial da “exceptio”, não sendo de conhecimento oficioso, deve ser invocado, e a circunstância de o credor da prestação a haver declarado extrajudicialmente, não o dispensa do ónus de arguir intraprocessualmente”²³⁷.

Portanto, o fato de o excipiente invocar a *exceptio* no âmbito extrajudicial, não afasta a necessidade de fazê-lo novamente ao ser demandado judicialmente ao cumprimento da sua prestação²³⁸.

2.5. Efeitos da *exceptio*

A exceção do contrato não cumprido, tratando-se de simples defesa dilatória²³⁹, tem como principal efeito a suspensão da exigibilidade da obrigação do demandado a cumpri-la (isto é, do excipiente), durante todo o tempo que excepto recusar-se ao cumprimento da contraprestação²⁴⁰.

A *exceptio* caracteriza-se, portanto, pelo seu efeito de dilação do tempo de cumprimento da prestação do excipiente até a satisfação da parte que compete ao excepto, como forma de manter o equilíbrio da relação contratual, nesse estado de mora de uma das partes.

²³⁵ “Declaração receptícia da vontade”, segundo definição de Carlos Roberto Gonçalves, “é a que se dirige a pessoa determinada, com o escopo de levar ao seu conhecimento a intenção do declarante, sob pena de ineficácia. Ocorre com maior frequência no campo das obrigações, especificamente na revogação do mandato (...) e na proposta de contrato, que deve chegar ao conhecimento do oblato para que surja o acordo de vontades e se concretize o negócio jurídico (...)”.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 1, p. 312.

²³⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – **Princípios de Direito dos Contratos**. p. 802 e ss.

²³⁷ ARCANJO, Jorge relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 17498/11.4YIPRT.C1, de 29 de janeiro de 2013 [Em linha]. [Consult. 14 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f5ec169a7d0ca22d80257b1800383fef>

²³⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – **Op. Cit.** p. 802 e ss.

²³⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Op. Cit.** p. 135.

MIRANDA, Pontes de – **Tratado de direito privado**. Vol. 26. p. 100.

GOMES, Orlando – **Contratos**. p. 92.

²⁴⁰ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 111.

Assim, como já esclarecido anteriormente, a exceção consiste em um meio de defesa indireta, que visa a execução plena do contrato e não a resolução do ajuste e a isenção da parte do dever de cumprir a prestação que lhe cabia²⁴¹. O contrato permanece hígido e íntegro entre as partes, suspendendo-se, temporariamente, todavia, a exigibilidade da prestação da parte demanda a cumpri-la, até que o demandante promova a execução da obrigação que lhe cabe²⁴².

Na prática, esse efeito dilatatório implica que o excipiente não incorrerá nos efeitos da mora, todo tempo em que perdurar o inadimplemento pelo excepto. Nas palavras de Luis Manuel Teles de Menezes Leitão: “(...) a lei permite a qualquer dos contratantes recusar a realização de sua prestação enquanto não ocorrer a prévia realização da prestação da contraparte, ou a oferta de seu cumprimento simultâneo. É, assim, lícita neste caso a recusa do cumprimento, o que impede a aplicação do regime da mora (arts. 804.º e ss.) e, naturalmente, o do incumprimento definitivo (art. 808.º), mesmo que tenha havido interpelação da outra parte. Se as duas obrigações forem puras a excepção de não cumprimento é, assim, sempre invocável, nem sequer podendo ser afastada mediante a prestação de garantias (art. 428.º, n.º 2)”²⁴³.

Em igual sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português é pacífica. Confira-se: “É seguro que, quando se verificam os requisitos de admissibilidade da *exceptio*, quando esta é regular ou lícitamente invocada, a recusa do *excipiens* em cumprir a sua prestação não o faz incorrer em mora, e não acarreta as consequências desta, *maxime* em matéria de juros. E isto quer se repute a *exceptio* como uma causa justificativa do incumprimento de quem a invoca, quer se entenda que nem sequer se está perante uma situação de incumprimento do excipiente (mesmo que justificado), mas antes em face de uma situação de inexigibilidade”²⁴⁴.

De outro lado, é certo que a exceção do contrato não cumprido (e, juntamente com ela, seus efeitos) é afastada através de três situações: (i) a prova de que a obrigação do excepto já foi adimplida; (ii) a comprovação de que cabia ao excipiente o cumprimento da prestação em primeiro lugar e que não se trata de caso de perda do benefício do prazo; e, por fim (iii) o oferecimento do cumprimento simultâneo²⁴⁵.

²⁴¹ ANDRÉ, Bruno Afonso de – Prescrição e decadência. **Tribuna da Magistratura**. p. 3.

²⁴² ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 109.

²⁴³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Op. Cit.** p. 254.

²⁴⁴ BERNARDINO, Santos relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 674/02.8TJVN.F.S1, de 26 de novembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 14 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5a4e6960d6f51dcf8025767a005b17f9?OpenDocument>

²⁴⁵ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 79.

No caso desta última (“o oferecimento do cumprimento simultâneo”), prevista no art. 428.º, n.º 1 do Código Civil português²⁴⁶, a razão que a fundamenta é simples: nenhuma das partes possui a obrigação de adimplir com sua prestação em primeiro lugar. Portanto, nada mais justo do que admitir-se que o cumprimento de ambas as obrigações seja realizado de forma simultânea. Assim, se a oferta foi feita e o excipiente a recusar, desta vez é este último que incorrerá na mora prevista no art. 813.º do Código Civil português²⁴⁷, aplicando-se os preceitos dela decorrentes (art. 807.º do Código Civil português).

No caso de a obrigação do excipiente versar sobre a entrega de bem, este deverá permanecer sob a custódia do primeiro. Tratando-se de obrigação de entregar coisa certa e determinada, o excipiente também possuirá o direito de retenção, cabendo-lhe, todavia, a obrigação de guarda da coisa. Ou seja, deverá administrá-lo, respondendo pela sua existência e conservação. De igual forma, o excipiente não terá qualquer direito sobre eventuais frutos produzidos com a coisa (poderá, todavia, vender aqueles insuscetíveis de conservação, e transferir o produto da venda ao excepto, posteriormente, com a coisa). De outro turno, fará *jus* ao direito de reembolso das despesas havidas com a conservação da coisa²⁴⁸.

Vale registrar, ainda, que a oposição da *exceptio*, de acordo com José Abrantes, não tem o condão de interromper o decurso do prazo de prescrição do crédito daquele que a invocar (do excipiente)²⁴⁹. Isso porque, uma vez iniciada a contagem do prazo prescricional, este somente se suspende ou interrompe nas hipóteses previstas em lei, no caso do Código Civil português, respectivamente, nos arts. 318.º ao 322.º e arts. 323.º ao 327.º e, no Código Civil brasileiro, respectivamente, nos arts. 197.º ao 201.º e art. 202.º. E da análise dos mencionados dispositivos, não se verifica qualquer referência à hipótese da *exceptio*.

Esse entendimento justifica-se não apenas do ponto de vista legal, mas também do ponto de vista conceitual da *exceptio*. Tratando-se de um meio de defesa, e considerando que o excepto continua tendo a faculdade de cumprir a sua obrigação ou oferecer o cumprimento simultâneo, é absolutamente razoável que o prazo prescricional não seja suspenso ou interrompido²⁵⁰.

²⁴⁶ Art. 428º, n.º 1 do Código Civil português : “Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo”.

²⁴⁷ Art. 813 do Código Civil brasileiro: “O credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”.

²⁴⁸ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 114-20.

²⁴⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 112.

²⁵⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 112-113.

CAPÍTULO III:

3. União de contratos

3.1. Espécies e conceito

A união de contratos, ou contratos coligados, de acordo com as lições do Professor Inocêncio Galvão Telles, pode ser classificada em três espécies: união extrínseca; união alternativa; união com dependência (ou união interna)²⁵¹.

A *união extrínseca* caracteriza-se pelo fato de dois contratos autônomos serem celebrados no mesmo momento ou circunstância, constando, por exemplo, por mera comodidade das partes, do mesmo instrumento jurídico. Neste tipo de união não há um interesse jurídico na união dos contratos, sendo ela meramente extrínseca, de modo que cada um dos contratos conserva a sua individualidade e suas próprias regras²⁵². Não existe nenhum outro vínculo entre esses contratos, que não seja essa ligação circunstancial, meramente externa. Não há entre os ajustes qualquer associação interna, que faça com que um dependa do outro. A união é puramente aparente e sem interesse: cada negócio jurídico segue suas próprias regras e seu próprio destino, sem interferência do outro²⁵³.

É o caso, por exemplo, de partes que celebram “Contrato de Empreitada e Promessa de Arrendamento”, em que, no mesmo instrumento, estipulam (i) contrato de empreitada de um prédio; (ii) a promessa de arrendamento do mesmo, com início de vigência no primeiro dia subsequente ao da conclusão de obras, que seriam efetuadas pelo futuro locatário.

O referido instrumento, de acordo com esse conceito doutrinário, não pode ser considerado um único contrato (contrato misto). Isso porque, o objetivo das partes não é o arrendamento do imóvel em troca da realização das obras. E, sim, dois contratos distintos: um contrato de empreitada, visando a realização das obras no imóvel que se prometera arrendar; e outro, de promessa de arrendamento, destinado à futura concessão do gozo do imóvel, com início de vigência imediatamente após a conclusão das obras (este último contrato pressupunha a conclusão do primeiro)²⁵⁴. Os negócios jurídicos em questão devem, portanto, ser considerados por si só e tratados de acordo com suas próprias regras.

²⁵¹ INOCÊNCIO, Galvão Telles – **Op. Cit.** p. 475/476.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ QUERIDO, Carlos relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 2022/08.4TBFIG.C1, 08 de fevereiro de 2011 [Em linha]. [Consult. 29 mar. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/e812e8c8abda732e80257854005c8e22?OpenDocument>

Inocêncio Galvão cita, ainda, como exemplo de união extrínseca o contrato de trabalho com um porteiro, celebrado concomitantemente ao contrato de arrendamento da habitação que ele ocupará no prédio em que trabalhará como porteiro²⁵⁵.

A *união alternativa*, por sua vez, caracteriza-se pela celebração de dois contratos, em que as partes estabelecem que apenas um deles será válido, de acordo com a ocorrência ou não de determinado evento futuro. Observe-se que a verificação ou não dessa condição terá efeitos retroativos, de maneira que, com a sua ocorrência ou não, apenas um dos contratos será considerado válido desde o início. A união dos contratos, neste caso, portanto, é provisória e temporária²⁵⁶.

Parte da doutrina considera o arrendamento-venda como uma união alternativa de contratos. Isso porque, verificada a condição do pagamento dos alugueis considera-se celebrada a compra e venda; do contrário, se o arrendatário devolver a coisa antes do pagamento integral, considera-se celebrado, apenas, o arrendamento²⁵⁷.

Anote-se que a outra parte da doutrina critica a classificação do arrendamento-venda como uma união alternativa pelo fato de que, na hipótese de não verificada a condição, isto é, o inadimplemento quanto ao pagamento da integralidade dos alugueis, ambos os negócios jurídicos poderiam ser resolvidos²⁵⁸.

Por fim, a *união com dependência* (ou união interna) – que nos interessa para fins do presente estudo – caracteriza-se pela existência de uma relação de sujeição e dependência entre dois contratos, de maneira tal que a validade e vigência de um esteja intimamente ligada à validade e vigência do outro²⁵⁹.

De acordo com as lições do professor Inocêncio, “Ocorre na união com dependência uma inseparável ou inextrincável relação de sujeição e de existência jurídica entre dois vínculos contratuais, sendo que o vínculo contratual principal determina a celebração e a vigência de um outro que não existiria se o primeiro não ganhasse existência jurídica”.

Na união com dependência (ou na “coligação contratual”, como também se refere a doutrina a este tipo), há um nexo de carácter funcional, uma unidade de função e de interesse negocial, que vincula os contratos, acarretando a produção de efeitos ou consequências jurídicas novas, além daquelas próprias de cada um dos contratos. Ou seja, os contratos deixam de ser

²⁵⁵ INOCÊNCIO, Galvão Telles – **Op. Cit.** p. 475/476.

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ GONZALEZ, José Alberto – Alienação fiduciária em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras. **Lusíada**. p. 85/86.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ INOCÊNCIO, Galvão Telles – **Op. Cit.** p. 475/476.

analisados, interpretados e produzirem seus efeitos de maneira individual e autônoma, passando a integrar um único conjunto econômico, com um único objetivo a ser alcançado. Nas palavras de Pais de Vasconcelos, há “uma unidade contratual com pluralidade de tipos” e não “uma pluralidade de contratos unidos funcionalmente”²⁶⁰.

A união de contratos com dependência surge a partir da ideia da evolução das relações econômicas na sociedade que, indiscutivelmente, tornaram-se complexas, diante da necessidade de otimização da eficiência e dos resultados, assim como redução dos riscos. Os contratos precisaram acompanhar essa evolução, deixando para trás a visão clássica individualista, em que seus efeitos restavam restritos às partes contratantes, para uma nova forma, em que estão inseridos em operações econômicas complexas e interligadas, dando origem, assim, às redes contratuais²⁶¹.

Nesse sentido, José Virgílio Lopes Enei se referiu aos contratos coligados (união com dependência) como sendo “fruto da hipercomplexidade das relações sociais e econômicas da atualidade, bem como da crescente especialização das atividades e divisão de trabalho. Operações econômicas que outrora podiam ser concretizadas por um único contrato, fosse típico ou atípico, agora, em virtude da maior complexidade destas e do envolvimento de um maior número de partes, exigem a celebração de diversos contratos interligados”²⁶².

O fenômeno da união de contratos com dependência surge, portanto, com a evolução da complexidade e plurilateralidade das operações econômicas e da necessidade de estruturação dessas relações. Nessa linha, Galgano explica os contratos coligados (ou “união com dependência”) como “uma pluralidade coordenada de contratos, cada um dos quais responde a uma causa autônoma, tendo em conjunto a realização de uma operação econômica unitária e complexa”²⁶³.

Na união com dependência (ou nos “contratos coligados”) existe uma finalidade econômica comum entre as partes; há um fim econômico comum a ser perseguido, o que justifica a opção das partes por subordinar os distintos contratos uns aos outros²⁶⁴. Há, assim, um ponto de interligação ou nexo de convergência, direto ou indireto, material ou imaterial, ainda que, em algumas situações, identifique-se essa dependência em contratos tidos como principal e acessório²⁶⁵.

²⁶⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Op. Cit.**, p. 218/219.

²⁶¹ ITURRASPE, Jorge Mosset – **Op. Cit.**, p. 9.

²⁶² ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos Coligados – **Op. Cit.** p. 113.

²⁶³ GALGANO, Francesco – **El negocio jurídico**, p. 114.

²⁶⁴ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz – **Novos rumos do direito contratual: Estudos sobre princípios de direito contratual e suas repercussões práticas**, p. 12.

²⁶⁵ TARTUCE, Flávio – Contratos Coligados e sua função social. **Op. Cit.**

Inexistindo qualquer vínculo de dependência entre os contratos, estes não serão considerados coligados (ou integrantes de uma “união com dependência”), ainda que tenham sido celebrados entre as mesmas partes. Ou seja, é preciso que os contratos sejam dependentes um do outro, ao ponto que, cada um deles, isoladamente seria desinteressante às partes²⁶⁶.

Note-se que, apesar desses contratos não se confundirem e, ao contrário, manterem a sua individualidade própria da forma mais plena, encontram-se vinculados de tal maneira que um é a causa do outro²⁶⁷. Ou seja, tratam-se de ajustes distintos, mas que são ligados por meio de um nexos funcional, de modo que se torna plenamente possível que um influencie o outro²⁶⁸, formando, assim, uma verdadeira rede contratual complexa.

Pode-se dizer, portanto, que a coligação contratual é representada pela pluralidade de contratos, que, apesar de manterem sua individualidade própria, encontram-se ligados entre si por um nexos funcional, que admite repercussões uns nos outros, constituindo, assim, uma unidade econômica. É essa dependência econômica que – veremos adiante, pode ser recíproca ou unilateral – permite que os contratos possam alcançar a sua finalidade econômica comum²⁶⁹.

A respeito do tema, vale citar que, na Argentina, por ocasião da XVII Jornada Nacional de Direito Civil, foi aprovado o seguinte enunciado: “Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio”²⁷⁰.

No mesmo sentido, Frías esclarece que há conexão contratual (“união com dependência”) quando vários sujeitos celebram dois ou mais contratos distintos que apresentam uma estrita vinculação funcional entre si por razão de sua própria natureza ou da finalidade global que os informa, vinculação que é ou pode ser juridicamente relevante²⁷¹.

O professor Carlos Konder, ao tratar sobre o tema, afirma que os contratos coligados (união com dependência) são aqueles que “(...) para além de sua função individual específica, apresentam juntos uma função ulterior. Em virtude de sua ligação, aqueles negócios estruturalmente independentes perseguem uma finalidade que ultrapassa a mera soma das

²⁶⁶ GOMES, Orlando – **Contratos**. p. 121/122.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 92/93.

²⁶⁹ COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira – Coligação negocial e operações negociais complexas. **Boletim da Faculdade de Direito**. p. 209 e ss..

²⁷⁰ DEVOTO, Martín – **El efecto relativo de los contratos y la conexidad contractual**. p. 13.

²⁷¹ FRÍAS, Ana López. **Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal**. p. 273.

próprias finalidades individuais”²⁷². Fica claro, dessa forma, que é em decorrência da sua interligação que a união com dependência faz com que os ajustes, apesar de autônomos, reflitam e repercutam uns sobre os outros.

Para que seja considerada uma união com dependência (ou simplesmente como contratos coligados), é necessário que haja (i) uma pluralidade de ajustes (não necessariamente envolvendo as mesmas partes) e, especialmente, (ii) que estes possuam, entre si, um vínculo de interdependência, que pode ser unilateral ou recíproco²⁷³.

Essa relação de interdependência ou de subordinação entre os contratos, que enseja a repercussão das vicissitudes de um sobre o outro, pode ser unilateral ou bilateral (ou recíproca)²⁷⁴. Será unilateral quando a validade e vigência de apenas um dos ajustes depender da do outro para existir, caso em que apenas um contrato tem predomínio e repercussão sobre o outro. Será bilateral, por sua vez, quando esse vínculo de subordinação for recíproco, de maneira que as alterações produzidas em um dos contratos repercutem diretamente no outro e vice-versa²⁷⁵.

A coligação contratual, dessa maneira, implica que a análise e interpretação dos contratos ligados por esse vínculo de dependência não podem ser realizadas de forma isolada, mas, ao contrário, devem considerar o objetivo comum a que se pretendia alcançar com a formação da coligação.

Isso significa dizer que, “todas as normas e institutos dirigidos directa ou indirectamente ao *conteúdo “económico”* do contrato (à avaliação *económica* das cláusulas, prestações ou obrigações, à avaliação *económica* do próprio contrato ou dos singulares contratos que compõem o complexo, à correlação *económica* de forças, aos equilíbrios e desequilíbrios *económicos* gerados em conclusão do contrato e no desenvolvimento da execução contratual, à própria utilidade ou inutilidade *económica* de sobrevivência autónoma de contratos singulares pertencentes ao complexo, etc.) devem ser objecto de uma aplicação *unitária*”²⁷⁶.

Segundo a doutrina de Francisco Manuel de Brito Pereira, a união de contratos pode ser decorrente da vontade das partes, por exemplo, por meio de uma declaração nesse sentido; de

²⁷² KONDER, Carlos Nelson – **Contratos Conexos**. p. 189.

²⁷³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. p. 99.

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Op. Cit.** p. 218.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira – Coligação negocial e Operações Negociais Complexas, Tendências fundamentais da doutrina e necessidade de uma reconstrução unitária. **Op. Cit.** p. 233 e ss.

²⁷⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 255.

disposição legal; ou, ainda, das circunstâncias e efeitos essenciais dos contratos (um dos negócios funcionar como base negocial do outro)²⁷⁷.

De maneira similar, Francisco Marino preleciona que esse vínculo de interdependência entre os contratos pode ser estabelecido de três maneiras: por força de (i) disposição legal; (ii) natureza acessória de um dos contratos; ou (iii) disposição contratual, seja ela expressa ou mesmo implícita.

No caso de o vínculo estabelecer-se por disposição legal, classifica o autor, que a coligação é *ex lege*. Já quando o vínculo se forma em razão da natureza acessória de um dos contratos em relação ao outro, diz que a coligação é natural. E, por fim, quando as partes convencionarem, de forma expressa ou implícita, a relação de dependência de um contrato com o outro, fala em coligação convencional ou voluntária²⁷⁸.

Adotando, assim, a classificação doutrinária de Francisco Marino, passemos, a seguir, ao estudo das espécies de formação de coligação: (i) *ex lege*; (ii) natural; ou (iii) voluntária.

3.2. Espécies de formação da coligação contratual (“união com dependência”)

3.2.1. Coligação *ex lege*

A coligação *ex lege* representa o vínculo de dependência e subordinação estabelecido entre diferentes contratos, por expressa previsão legal, seja quanto à coligação propriamente dita, seja pela previsão de um ou mais efeitos da coligação²⁷⁹. Em outras palavras, a fonte da coligação entre contratos decorre da própria lei.

Um exemplo de coligação *ex lege* é o contrato de financiamento para consumo, no espaço jurídico europeu²⁸⁰. A Diretiva 87/102/CEE de 1986 da União Europeia, tratava expressamente sobre o tema, em seu art. 11.º, tendo sido incorporada pelo direito português através do Decreto-Lei n.º 359/91, em seu art. 12.º.

Posteriormente, a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu do Conselho de 23 de abril de 2008 revogou a anterior, mantendo, ainda, a disciplina sobre a coligação entre o

²⁷⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 233 e ss.

²⁷⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 100.

²⁷⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 104.

²⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima – **Op. Cit.** p. 93.

financiamento e o fornecimento para consumo, desta vez em seu art. 3.^o²⁸¹, norma esta incorporada no direito português, no art. 18.^o do Decreto-Lei n.º 133/2009²⁸².

Referida norma foi internalizada por diversos outros países da União Europeia, podendo-se citar o § 358.^o do Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), que, segundo tradução livre de Francisco Marino²⁸³, assim dispõe: “Contratos coligados [...]. (3) Um contrato tendo por objeto o fornecimento de mercadoria, ou a execução de outra prestação, e um contrato de mútuo ao consumo são coligados, se o empréstimo serve completamente ou em parte ao financiamento do outro contrato e os dois contratos constituem uma unidade econômica. Em particular, deve considerar-se existente uma unidade econômica se o próprio empresário financia a contraprestação do consumidor ou, no caso de financiamento por parte de terceiro, se o mutuante se serve da cooperação do empresário na preparação ou na conclusão do contrato de mútuo ao consumo”.

Outro exemplo de coligação contratual *ex lege* são os contratos de compartilhamento de infraestrutura, celebrados entre as operadoras de telefonia no Brasil, em que há expressa previsão na Lei n.º 13.116/2015. Nesse sentido, afirma Rodrigo Xavier Leonardo²⁸⁴: “Sob o viés jurídico, a interconexão entre redes é viabilizada por diversos contratos coligados que possibilitam a cada operadora de telefonia se utilizar, mediante contraprestação, das estruturas de tecnologia de outras operadoras de telefonia. [...] Trata-se, portanto, de um singular exemplo

²⁸¹ Artigo 3.^o da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu do Conselho de 23 de abril de 2008

n) «Contrato de crédito ligado»: um contrato de crédito nos termos do qual:

i) o crédito em questão serve exclusivamente para financiar um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de um serviço específico e
ii) estes dois contratos constituem uma unidade comercial de um ponto de vista objectivo; considera-se que existe uma unidade comercial quando o crédito ao consumidor for financiado pelo próprio fornecedor ou prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiros, quando o mutuante recorrer aos serviços do fornecedor ou prestador de serviços para preparar ou celebrar o contrato de crédito ou caso os bens específicos ou a prestação de um serviço específico estejam expressamente previstos no contrato de crédito.

²⁸² Artigo 18.^o do Decreto-Lei n.º 133/2009 de Portugal

Contrato de crédito coligado

1 - A invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito coligado repercute-se, na mesma medida, no contrato de compra e venda.

2 - A invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, na mesma medida, no contrato de crédito coligado.

3 - No caso de incumprimento ou de desconformidade no cumprimento de contrato de compra e venda ou de prestação de serviços coligado com contrato de crédito, o consumidor que, após interpelação do vendedor, não tenha obtido deste a satisfação do seu direito ao exacto cumprimento do contrato, pode interpor o credor para exercer qualquer uma das seguintes pretensões:

a) A excepção de não cumprimento do contrato;

b) A redução do montante do crédito em montante igual ao da redução do preço;

c) A resolução do contrato de crédito.

²⁸³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 217.

²⁸⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier – **Redes contratuais no mercado habitacional.** p. 132-133.

de coligação em sentido estrito, pois há eficácia paracontratual delineada pela legislação federal que impõe tanto a contratação como a coordenação”.

A coligação contratual *ex lege* é, portanto, aquela que decorre da lei. É a norma jurídica quem atribuiu e expressa o vínculo de interdependência entre os contratos (que, muitas vezes, seria aferível da sua própria natureza) e, em muitos casos, inclusive, prevê os seus efeitos.

3.2.2. Coligação natural (ou necessária)

A coligação natural, de acordo com as lições de Francisco Marino, representa o vínculo de interdependência que nasce da relação acessória de dois contratos. Trata-se de uma figura atípica que reúne contratos distintos entre si, com causas autônomas e conteúdo adequado a cada tipo de contrato, vinculados para atender a uma finalidade comum.

Importante destacar que o conceito de coligação natural decorre da natureza acessória dos contratos componentes do conjunto contratual.

A coligação natural representa, assim, um vínculo causal entre dois ou mais negócios, com efeitos jurídicos próprios que acabam determinando natureza e estrutura diversas daquelas dos contratos singulares. Em outras palavras, o elemento associativo dos contratos encontra-se no plano do negócio, do sistema. Esse elemento não essencial do contrato constitui pressuposto para o funcionamento do sistema²⁸⁵.

Imagine-se, por exemplo, o caso de um contrato de empreitada em que, no curso da relação contratual, o empreiteiro decida celebrar um contrato de subempreitada. Este último possui uma relação de acessoriedade com o primeiro, evidenciando-se, assim, o vínculo de coligação natural²⁸⁶. Ou seja, o contrato de subempreitada possui uma relação de dependência direta com o de empreitada, em que o primeiro somente existe em razão do segundo.

Sobre a coligação natural dos subcontratos, José Virgílio (que a ela se refere como “coligação necessária”) cita os contratos de fabricação, fornecimento de produtos industrializados, arrendamento, locações (por exemplo, de andaimes). De fato, é manifesto o vínculo de subordinação e dependência do contrato base com os contratos acessórios, de modo que estes últimos apenas existem em razão do primeiro. Assim, esclarece o autor que, se eventualmente for reconhecida a ineficácia ou invalidade do contrato base, os seus efeitos irão

²⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis – Redes contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor**. p. 34.

²⁸⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 105/106.

se propagar ao subcontrato. Por sua vez, se a ineficácia ou invalidade for oriunda do subcontrato, seus efeitos não se propagarão ao contrato principal²⁸⁷.

Sobre a expressão “coligação necessária”, Francisco Marino tece algumas críticas, preferindo a expressão “coligação natural”. Segundo esclarece, a expressão “coligação necessária” fora criada por Oppo, que a designava “como expressão derivada da natureza ou da função de um ou de ambos os contratos coligados”²⁸⁸.

Ocorre que, nem sempre a coligação decorrente da natureza acessória dos contratos será sempre “necessária”, isto é, decorrente da vontade das partes estabelecida desde a formação do vínculo. Existem situações em que esse vínculo de natureza acessória poderá surgir acidentalmente, no curso da relação contratual. É o caso, por exemplo, da já citado contrato de empreitada, em que, no curso da relação, o empreiteiro decide celebrar uma subempreitada. Neste caso, não é possível dizer que a coligação é “necessária”, como seria na hipótese de a subempreitada já vir prevista de forma expressa no contrato base. Por essa razão, é que prefere o autor, adotar a expressão “coligação natural”²⁸⁹.

Pode-se dizer, portanto, que a relação de interdependência entre o contrato principal e o subcontrato é uma coligação natural. Além desta, pode-se citar como exemplos de coligação natural o contrato principal e os contratos de garantias, como o de hipoteca, fiança, penhor dentre outros; o contrato preliminar e o contrato definitivo²⁹⁰.

3.2.3. Coligação voluntária (expressa ou implícita)

A coligação voluntária é verificada nas hipóteses em que a relação de interdependência entre negócios jurídicos distintos não advém da natureza acessória, tampouco decorre da lei, mas da vontade das partes. É assim definida, portanto, a *contrario sensu*.

Essa vontade pode ser expressa, como na hipótese em que o próprio contrato possui cláusulas expressas e específicas dispondo sobre a coligação, ou implícita, quando, apesar de não haver referência expressa à essa situação, as circunstâncias e o próprio fim objetivado pelos contratos permite essa interpretação. Neste caso, a coligação será deduzida a partir das circunstâncias em que foram celebrados os contratos, bem como do fim a que pretendem alcançar. A questão, portanto, será resolvida com base nas regras de interpretação dos contratos,

²⁸⁷ ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos Coligados. **Op. Cit.** p. 117.

²⁸⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 105.

²⁸⁹ Ibidem.

²⁹⁰ Idem– **Op. Cit.** p. 106.

sobretudo fazendo-se uso dos arts. 236.º e ss. do Código Civil²⁹¹ (em se tratando de contrato administrativo, a questão deverá considerar, ainda, as normas aplicáveis previstas no Código dos Contratos Públicos, em especial na sua parte III).

Retomando o exemplo anteriormente citado, em relação ao contrato de financiamento para consumo, que no direito português consubstancia coligação *ex lege*, no direito brasileiro, segundo a doutrina de Francisco Marino, por sua vez, é classificado como coligação voluntária implícita.

É que, esclarece o mencionado autor, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro não faz menção expressa à coligação entre o financiamento e o fornecimento para consumo. Limita-se, todavia, a enquadrar o fornecedor e instituição financeira na definição ampla de “fornecedor” prevista no art. 3.º, § 2.º²⁹².

O art. 52.º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a seu turno, fala em “fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor”, deixando claro, portanto, que o contrato de financiamento é um contrato tipicamente de consumo. Todavia, em momento algum o Código de Defesa do Consumidor brasileiro fala expressamente em coligação entre o fornecimento para consumo e o financiamento. Tampouco refere-se aos efeitos produzidos por esse tipo de coligação. Em suma, restou omissa em todos os aspectos, quanto à coligação desses contratos.

Não obstante, como já visto, é nítida a relação de interdependência entre os contratos de fornecimento para consumo (de bens ou serviços) e o de financiamento: a razão deste último é viabilizar o primeiro negócio. E, por essa razão, ambos negócios jurídicos devem ser interpretados de forma unitária e complexa.

Nesse sentido, a jurisprudência brasileira é pacífica no sentido de reconhecer a coligação entre o contrato de financiamento e o de compra e venda, quando a instituição financeira mantém vínculo com o vendedor. Confira-se, a título exemplificativo, trecho do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

²⁹¹ **Artigo 236.º do Código Civil**

(Sentido normal da declaração)

1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

²⁹² Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista

APELAÇÃO. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO E COMPRA E VENDA DE MÓVEIS CONEXOS. AÇÃO DE RESCISÃO DOS CONTRATOS. CONTRATOS COLIGADOS. LEGITIMIDADE DE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RECONHECIDA. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA, COM OBSERVAÇÃO. Celebrados contratos coligados de compra e venda de móveis e financiamento, sujeitam-se ao regime do Código de Defesa do Consumidor. Em razão da conexão contratual e dos preceitos consumeristas, o agente financiador também é parte legítima para responder à ação contra si também proposta.

(...)

Houve a congruência de dois contratos celebrados em autêntica simultaneidade, nascidos do mesmo móvel e com interesses comuns e econômicos para todos os envolvidos: (i) os compradores precisavam de dinheiro para a aquisição dos móveis; (ii) as vendedoras receberam o preço; e (iii) o agente financeiro realizou o empréstimo com retorno remunerado.

(...)

É indiscutível que o financiamento realizado entre os autores o banco réu-apelante visou a compra dos móveis. Daí vislumbra-se que os negócios jurídicos envolveram as três partes, a saber: fornecedor, consumidor e agente financeiro²⁹³.

Tem-se, portanto, que a coligação expressa pressupõe a existência de uma cláusula expressa que estabelece o vínculo de dependência entre um contrato. Já a coligação implícita exige a análise e interpretação mais aprofundada das circunstâncias em que foram celebrados os ajustes, para determinação do vínculo existente entre eles.

Por fim, é de se observar que cláusula que as partes estipulam, de forma expressa, a inexistência de coligação contratual (cláusula de separação), não possui valor absoluto, devendo ser confirmada através da análise e interpretação dos contratos. Ou seja, o Juiz deverá verificar a presença ou não de conflito da cláusula de separação com os demais termos e condições do contrato, que eventualmente possam apontar para uma efetiva coligação contratual²⁹⁴.

²⁹³ ARAUJO, Adilson de relat. – Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com número 1000884-61.2018.8.26.0008, de 26 de novembro de 2018 [Em linha]. [Consult. 14 abr. 2019]. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=1000884-61.2018.8.26.0008&cdProcesso=RI004TUUA0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=29f5f9cd rbXDUsGCpBRZGjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvFM0nb4oEexaviFmX%2BgP99n01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGxN1IBVi%2FH23joycAJRDvmlniuNgCYLg3MxvIWLJjdcV7Ytdm4Uf3enjEehwm7uMVGTX0JBO7cF%2FRvFb9RmsAkD>

²⁹⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 103.

Assim, identificando haver a coligação contratual, mesmo diante da previsão expressa da cláusula de separação, o Juiz deverá afastar a sua incidência. Essa medida justifica-se com base no já citado princípio da boa-fé.

Evidentemente, nos contratos de consumo ou de adesão, essa cláusula poderia ser considerada nula, em razão da sua abusividade. Essa declaração deverá ser feita pelo juiz da causa, diante das circunstâncias do caso concreto, sobretudo, diante da verificação da existência de benefício de uma das partes em relação à outra, com tal previsão²⁹⁵.

Por fim, também é possível afastar a caracterização do vínculo de coligação, ainda que não haja expressa previsão da cláusula da separação, com base no comportamento das partes, ao longo da relação contratual, pois, como visto anteriormente, é vedado às partes valerem-se de comportamentos contraditórios. Assim, diante da aplicação do princípio do *venire contra factum proprium* e da *suppressio*, pode o juiz afastar a coligação dos contratos²⁹⁶.

3.3. Contratos Coligados x Contrato Único x Contrato Misto

Antes de prosseguir com o tema, necessário se faz uma breve distinção entre as espécies (i) contrato coligado (“união com dependência”); (ii) contrato único; e (iii) contrato misto. Como visto anteriormente, os contratos coligados são identificados pela existência de uma pluralidade de negócios jurídicos dependentes entre si, celebrados pelas mesmas partes ou não.

Já o negócio jurídico único, define-se pela existência de unidade contratual e pode ser classificado como unitário (ou simples) ou complexo, dependendo da existência ou não de pluralidade de (i) sujeitos; (ii) objetos ou prestações; ou (iii) manifestações de vontade²⁹⁷.

Será, portanto, complexo, todo aquele negócio jurídico que seja composto por várias declarações de vontade; sujeitos; ou que preveja diversas prestações ou objetos. Note-se que, ao contrário dos contratos coligados, os contratos complexos são assim definidos pela condição *complexa* da operação, mas não pela existência de uma pluralidade de negócios²⁹⁸.

Figure-se como exemplo, a hipótese das partes celebraram negócio jurídico, por meio do qual A1 e A2 venderam a B1 e B2, pelo preço € 5.000.000,00 (cinco milhões de euros), (a) 20% das cotas sociais da empresa X; (b) um imóvel rural com 138,03 hectares; e (c) direitos minerários inscritos na DNPM relativos à água mineral. Essa venda deveria ser paga em

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 104.

²⁹⁷ MIRANDA, Pontes de – **Tratado de direito privado**. Vol. 3. p. 173-178.

²⁹⁸ Ibidem.

prestações, sendo uma parte em dinheiro (€ 4.150.000,00 em parcelas) e outra parte pela entrega de 10 casas em construção (€55.000,00 cada uma) e do posto de combustível Y, no valor de €300.000,00 (considerando o seu fundo de comércio), tendo-se fixado, ainda, várias datas para os adimplementos parciais por ambas as partes, de obrigações mútuas²⁹⁹.

Note-se no exemplo acima, que a complexidade da operação é aferível *prima facie* e por si só, estando presentes todos os requisitos para a sua caracterização: pluralidade de partes (A1, A2, B1 e B2); existência de diversas prestações (parte em dinheiro; entrega de 10 casas em construção; posto de combustível; parte delas a serem entregues em diversas datas de vencimento); e diversos objetos envolvidos (preço € 5.000.000,00; 20% das cotas sociais da empresa X; um imóvel rural com 138,03 hectares; direitos minerários inscritos na DNPM relativos à água mineral). É evidente, portanto, tratar-se de um “negócio jurídico complexo”³⁰⁰.

Já os contratos mistos, segundo as lições do professor Inocêncio, são resultado da fusão de dois ou mais contratos; de partes de contratos distintos; ou da existência de aspectos próprios de outro contrato. Isto é, forma-se o contrato da conjugação de elementos de diversos contratos típicos. Pode-se dizer, assim, que o contrato misto ‘um contrato composto por diversos tipos contratuais’³⁰¹.

Em outras palavras, os contratos mistos caracterizam-se pela combinação de cláusulas elaboradas pelas partes, de forma livre, com cláusulas de um contrato típico. Trata-se, portanto, de um contrato unitário (ou simples), que não é integralmente típico, tampouco essencialmente atípico³⁰², mas que reúne elementos de dois ou mais negócios previstos em lei³⁰³.

A possibilidade de formação de contratos mistos decorre da própria regra insculpida no n.º 2 do art. 405.º do Código Civil (em se tratando de contratos administrativos, observar-se as regras previstas no Código dos Contratos Públicos, em especial art. 32.º), onde se consagra a ampla autonomia da vontade contratual, de maneira que os contraentes podem, no mesmo contrato, reunir regras de dois ou mais negócios, obviamente, mantendo um processo unitário e autônomo de composição de interesses.

José Virgílio Lopes Enei diferencia os contratos coligados dos contratos atípicos mistos, pois os primeiros “não correspondem à mera soma de prestações de natureza diversa a formar

²⁹⁹ RIBAS, Rogério relat. – Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná com número 4095718, de 22 de março de 2006 [Em linha]. [Consult. 14 abr. 2019]. Disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275335/agravo-de-instrumento-ai-4095718-pr-0409571-8>

³⁰⁰ Ibidem.

³⁰¹ INOCÊNCIO, Galvão Telles – **Op. Cit.** p. 469.

³⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto – **Op. Cit.** Vol. 3, p. 116.

³⁰³ VARELA, Antunes – **Op. Cit.** p. 279.

um único e particular contrato, mas à união de contratos que, embora preservando a sua individualidade estrutural, comungam de uma mesma finalidade econômica”³⁰⁴.

Theodoro Júnior, por sua vez, diferencia os contratos mistos dos contratos coligados, esclarecendo que, no primeiro caso, o contrato resulta combinação de elementos de mais de um contrato típico, de modo a formar uma espécie contratual nova, não prevista em lei. Trata-se de um contrato, único, que, apesar disso, possui elementos de diversos contratos.

Nas palavras do autor, “Misto é o contrato que resulta da combinação de elementos de mais de um contrato típico, formando uma nova espécie contratual não esquematizada na lei. Apresentam-se como uma unidade, ou seja, um só contrato, embora integrado por componente extraídos de diversas figuras negociais típicas. Na coligação, vários contratos distintos são aperfeiçoados, sem formarem uma unidade contratual, diversamente do que se passa com o contrato misto. Há, no regime jurídico, uma grande semelhança entre as duas figuras de atipicidade, mormente quando o conjunto dos contratos coligados se caracterize pela intenção das partes de trata-los como um todo”³⁰⁵.

Essa distinção faz-se importante, pois, muitas vezes, a jurisprudência trata os termos como equivalentes, quando, em verdade não o são. Veja-se, meramente a título exemplificativo, trecho da ementa do acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível pelo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

Ementa: Ação declaratória de nulidade de contratos. Pedido sucessivo alternativo de unidade essencial. Objeto ilícito. Contratos comutativos. Cláusulas leoninas. Contratos coligados ou mistos (...) Formam uma unidade essencial os contratos coligados, ou contratos mistos, em que haja uma unidade de causa, ou uma unidade de propósitos, uma união com dependência. Se os diversos contratos celebrados – locação, concessão para exploração de negócio comercial, fornecimento de produto e comodato – visam permitir, de um lado, o comércio atacadista de determinados produtos e, de outro lado, o comércio varejista dos mesmos produtos, tais contratos são coligados ou mistos, porque entre eles existe recíproca independência, recíproca coordenação, enlaçam-se pelo caráter unitário da mesma operação econômica. Destarte, a rescisão ou extinção de um implica a rescisão ou extinção dos demais³⁰⁶.

³⁰⁴ ENEL, José Virgílio Lopes. Contratos Coligados. **Op. Cit.** p. 113.

³⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto – Locação comercial coligada com promessa de venda e compra. Desequilíbrio econômico do negócio. Revisão contratual. Princípio da boa-fé objetiva. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor.** p. 90.

³⁰⁶ SCHMITT, Lio Cezar relat. – Acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul com número 184037216, 04 de dezembro de 1984 [Em linha]. [Consult. 05 jan. 2019]. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/busca-utis/download?name=tiff-juris&id=22522>

O acórdão em questão, ao analisar a dependência existente entre os contratos de arrendamento, concessão para exploração de negócio comercial, fornecimento de produto e comodato, visando, em última instância, a comercialização (revenda) de gasolina e demais derivados do petróleo refere-se ao conceito de contratos coligados. Todavia, de forma equivocada, utiliza-se da expressão (instituto) “contratos mistos” como sinônimo de “contratos coligados”.

Não raro se verifica a indevida confusão que muitas vezes os julgados promovem entre esses dois conceitos técnicos, que não se confundem. O contrato coligado diferencia-se, como visto, por representar uma pluralidade de contratos celebrados pelas partes, que possuem um vínculo de dependência e interligação. Nas palavras de Daniel Carnacchioni, “Nos contratos coligados estes são desejados como um todo, pois isoladamente cada contrato não viabilizaria o interesse dos contratantes. Os contratos condicionam-se reciprocamente em sua existência e validade e, agregados, formam uma unidade econômica”³⁰⁷.

Por sua vez, os contratos mistos caracterizam-se pela existência de um único ajuste, que possui elementos de negócios jurídicos previstos em lei (contratos típicos), assim como cláusulas estabelecidas, livremente, pelas partes, que não possuem previsão legal (contrato atípico). É, pois, fruto da combinação de elementos de contratos típico com atípico.

3.4. Contratos coligados x Redes contratuais

Apesar de não fazermos diferença teórica neste trabalho entre os contratos coligados e as redes contratuais, não poderíamos deixar de mencionar, a título acadêmico, essa distinção feita por parte da doutrina.

De acordo com as lições de Rodrigo Xavier Leonardo, as redes contratuais diferenciam-se dos contratos coligados, por pressuporem a existência de dois ou mais contratos relacionados entre si destinados, especificamente, à oferta de produtos e serviços ao mercado para consumo³⁰⁸.

Como exemplos de redes contratuais, pode-se citar aquelas formadas por contratos de cartão de crédito, de concessão, planos de saúde, franquias, distribuição, dentre outras³⁰⁹.

³⁰⁷ CARNACCHIONI, Daniel – **Manual de direito civil**. p. 843.

³⁰⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier – Os contratos coligados. *In Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado. Coletânea em Homenagem à Professora Véra Jacob De Fradera*.

³⁰⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 96.

Segundo a doutrina de Francisco Marino, é possível estabelecer a distinção entre as redes contratuais e os contratos coligados, ao menos, em três aspectos: (i) as redes contratuais correspondem ao fenômeno dos contratos em *massa*, enquanto que os contratos coligados não possuem, necessariamente, qualquer vínculo com esses tipos de contratos; (ii) nas redes contratuais, uma das partes estrutura o contrato, ao qual uma multiplicidade de contratos se ligam, o que não ocorre na coligação; (iii) a invalidade de um dos contratos da rede não afeta, em absoluto, os demais, o que não é verdade na coligação contratual que, ao contrário, é caracterizada, justamente, pela repercussão, no campo da invalidade ou ineficácia, que um contrato é capaz de causar a outro.

3.5. Consequências Jurídicas

As principais consequências jurídicas dos contratos coligados são, de acordo com Francisco Marino, relativas à: (i) interpretação; (ii) qualificação; (iii) derrogação do regime jurídico típico; (iv) plano da validade; e (v) plano da eficácia³¹⁰.

É certo, ainda, que algumas espécies de coligações geram consequências específicas, enquanto que outras diferem-se apenas pelo seu grau (maior ou menor) de intensidade.

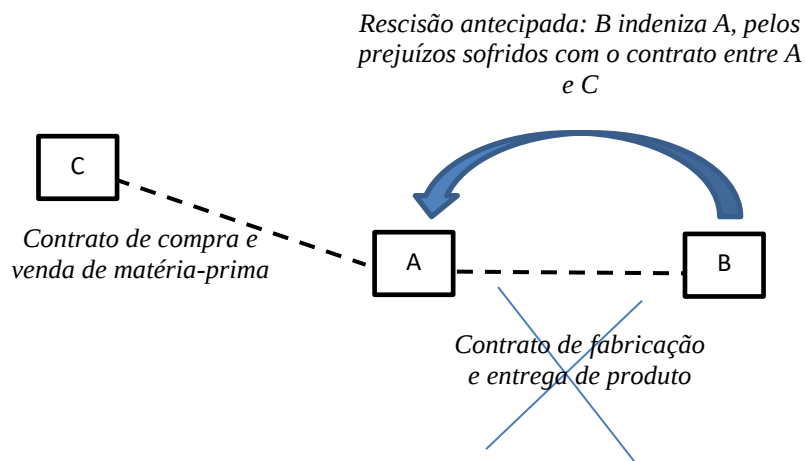
Apenas a título exemplificativo de uma situação em que a coligação contratual repercute em menor intensidade, pode-se citar o caso da coligação voluntária, em que uma das partes é figurante em um dos contratos coligados, mas está alheio à coligação³¹¹.

Concretamente, imagine-se a seguinte hipótese: “A” celebra contrato com “B”, por meio do qual se compromete a fabricar e entregar determinado produto. Para tanto, todavia, “A” necessita adquirir equipamentos específicos para sua linha de produção, o que o faz através de contrato de compra e venda com “C”. Note-se que, nesta situação, “C” integra a coligação contratual, mas está totalmente alheio à mesma. Por essa razão é que, eventuais problemas no contrato de compra e venda de equipamentos celebrado com “C”, poderão repercutir no contrato entre “A” e “B”. Mas, o contrário não é verdade. Ou seja, ainda que “A” tenha problemas relacionados ao contrato entabulado com “B”, essas questões não afetam a relação estabelecida com “C”. Portanto, se “B” decide rescindir antecipadamente o contrato com “A”, por óbvio, “A” não poderá opor essa questão à “C”. Entretanto, poderá pleitear de “B” a reparação pelos danos sofridos³¹². Veja-se, para melhor compreensão, o esquema ilustrativo abaixo:

³¹⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 140/142.

³¹¹ Idem – **Op. Cit.** p. 141/142.

³¹² Idem – **Op. Cit.** p. 142.



Como se percebe, o fato de uma das partes da coligação possuir ciência de que integra a coligação influencia, diretamente, o seu grau de intensidade.

Vejamos, a seguir, independentemente do grau de intensidade da coligação, quais as possíveis consequências desse fenômeno jurídico.

3.5.1. Interpretação dos contratos coligados

Como visto, os contratos coligados nascem da complexidade e plurilateralidade que as operações econômicas assumiram na sociedade contemporânea. Tratam-se, portanto, de contratos que, apesar de manterem a sua individualidade própria, encontram-se vinculados de tal maneira, que possuem uma relação de interdependência unilateral ou recíproca entre si, por força de disposição legal, contratual (expressa ou implícita) ou mesmo por natureza acessória de um deles³¹³.

Em virtude de sua ligação, esses negócios estruturalmente independentes perseguem uma finalidade que ultrapassa a mera soma das próprias finalidades individuais³¹⁴ e, justamente em decorrência dessa relação, que a interpretação dos contratos coligados exige a análise do vínculo como um todo.

É nesse sentido que Clóvis do Couto e Silva afirma que a tarefa de interpretação dos contratos coligados, ao contrário da ideia clássica (uma obrigação em oposição ao direito subjetivo da outra parte), deve se dar sob o ângulo de todos os ajustes, vistos como um todo³¹⁵.

³¹³ GOMES, Orlando – **Contratos**. p. 99.

³¹⁴ KONDER, Carlos Nelson – **Op. Cit.** p. 189.

³¹⁵ *Apud* CASCAES, Amanda Celli – A Interpretação dos Contratos Coligados. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. p. 117.

Nesse cenário, durante o processo de interpretação dos contratos coligados, cabe ao intérprete (i) identificar a existência (ou não) da coligação; (ii) identificar, na hipótese de verificada a presença da coligação, qual o grau de intensidade de repercussão ou influência que um contrato exerce sobre o outro³¹⁶, de modo que possam ser interpretados de forma conjunta.

De acordo com as lições de Francisco Marino, as formas possíveis de interpretação dos contratos coligados são: (i) interpretação conjunta; (ii) interpretação objetiva; (iii) interpretação que considera a hipótese ideal do fim do contrato.

Na *interpretação conjunta* dos contratos coligados, o intérprete deve atentar-se mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem empregada, bem como pautar-se na boa-fé e nos usos do lugar (art. 236.º, n.º 2 do CC português; arts. 112.º e 113 do CC brasileiro)³¹⁷, razão pela qual deve levar em consideração, além da linguagem literal, o contexto verbal e circunstancial das declarações de vontade, para que seja possível aferir a extensão da coligação³¹⁸.

Portanto, na interpretação conjunta dos contratos coligados, deve-se atentar a todas as circunstâncias da operação ou das operações econômicas almejadas pelas partes. Para tanto, esclarece Giovanni Ettore Nanni, “é preciso se ater às circunstâncias do caso, pois em cada caso, em cada contrato, serão as circunstâncias que darão o tom, vale dizer – constituirão o filtro –, pelo qual devem ser ponderados e sopesados os princípios e as regras contratuais, por isso, tendo importância decisiva no modo e na escala de aplicação dos princípios, permitindo discernir entre o seu valor facial, ou meramente normativo, e o seu valor propriamente hermenêutico”³¹⁹.

Nesse sentido, vale citar as lições de Daniel Carnacchioni, quanto à interpretação dos contratos coligados: “(...) A interpretação dos contratos coligados, em razão de comporem uma rede econômica unitária relacionada a uma causa concreta conexa, deve ser global, ou seja, os contratos coligados devem ser interpretados conjuntamente, com atenção especial para todas as

³¹⁶ *Apud* CASCAES, Amanda Celli – A Interpretação dos Contratos Coligados. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. p. 117.

³¹⁷ Art. 112 do Código Civil brasileiro: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113 do Código Civil brasileiro: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Artigo 236.º do Código Civil português
(Sentido normal da declaração)

1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

³¹⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 146.

³¹⁹ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore – **Teoria Geral dos Contratos**. p. 269.

circunstâncias da operação ou das finalidades e objetivos econômicos perseguidos pelas partes. A interpretação dos contratos coligados, como não poderia deixar de ser, deve ser pautada nos princípios da função social e da boa-fé objetiva (deveres de conduta e colaboração recíproca entre os contratantes nos diversos contratos reunidos)”³²⁰.

E sobre contexto circunstancial das declarações de vontade das partes, entende-se, de acordo com as lições de Francisco Marino, como (i) o tempo e o lugar na criação e execução do contrato; (ii) a qualidade das partes envolvidas; (iii) eventual relação entre as partes envolvidas; (iv) o comportamento das partes nas tratativas e na fase de cumprimento do contrato; e (v) a qualidade do bem da vida objeto do contrato³²¹.

De fato, o comportamento das partes no curso da relação contratual desempenha importante papel na identificação e definição da coligação. A doutrina reconhece que esse tipo de circunstância negocial (os atos, atividades, comportamentos das partes, bem como as circunstâncias que tenham conexão finalística com o negócio), são igualmente determinantes na identificação da real intenção das partes e, portanto, no reconhecimento da coligação contratual. Nesse sentido, vale citar uma vez mais, as precisas lições de Giovanni Ettore Nanni³²²:

Na interpretação conjunta dos contratos coligados, cumpre atentar a todas as circunstâncias da operação ou das operações econômicas almejadas pelas partes. Para tanto, é preciso se ater às circunstâncias do caso, pois em cada caso, em cada contrato, serão as circunstâncias que darão o tom, vale dizer – constituirão o filtro –, pelo qual devem ser ponderados e sopesados os princípios e as regras contratuais, por isso, tendo importância decisiva no modo e na escala de aplicação dos princípios, permitindo discernir entre o seu valor facial, ou meramente normativo, e o seu valor propriamente hermenêutico. O exame das ‘circunstâncias do caso’ implica a consideração do inteiro comportamento dos contraentes, avaliando-se inclusive efeitos que o comportamento negocial provoca na esfera jurídica alheia, concretamente considerada, seja a conduta anterior à conclusão do negócio, seja a posterior, por conta do princípio da confiança. É também importante atentar para outros atos, atividades, comportamentos ou circunstâncias que tenham conexão finalística com o negócio, considerado em sua funcionalidade econômico-social (princípio da utilidade). Essas circunstâncias formam o contexto da declaração, permitindo detectar, com

³²⁰ CARNACCHIONI, Daniel – **Manual de direito civil**. 1.^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. ISBN: 9788544214695. p. 843.

³²¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 149.

³²² LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore – **Op. Cit.** p. 269.

caráter de objetividade, a ‘intenção consubstanciada na declaração’ (art. 112º, *In fine*), pois o Código acolheu a teoria da confiança que configura, em termos de ciência jurídica, a adstrição a um princípio objetivo, mas sujeito à determinação do caso, isto é, sujeito à concretização (p. 269).

Assim, é da análise dessas circunstâncias que é possível identificar a real intenção das partes, para que, ao final, se possa determinar a existência ou não da coligação contratual. Nessa linha de raciocínio, figura-se, com exemplo de interpretação conjunta dos contratos coligados, para fins de determinar suas consequências jurídicas, a seguinte hipótese: “A” (comerciante) celebra com “B” (produtor de café) contrato por meio do qual se obriga a adquirir café torrado, a razão de € 100,00 (cem euros) por quilo de café. O contrato não prevê prazo de duração, tampouco quantidade mínima que “A” deveria adquirir de “B”.

Em paralelo, “B” celebra outro contrato de mútuo com “A”, por meio do qual empresta € 10.000,00 (dez mil euros) a “A”, através da entrega de uma máquina de café, estabelecendo-se que a amortização do débito se daria através do fornecimento de café torrado.

Imagine-se, todavia, que “A” decida, unilateralmente, rescindir o contrato de mútuo, antes que tenha quitado completamente o saldo devedor. Em uma interpretação literal, o contrato de fornecimento de café também poderia ser rescindido por “A”, uma vez que sempre vigorou por prazo indeterminado. Todavia, a interpretação conjunta dos contratos leva à conclusão diferente. Se o quilo do café era vendido a € 100,00 (cem euros) e o empréstimo fora concedido no valor de € 10.000,00 (dez mil euros), evidente que as partes tinham a legítima expectativa de que, ao menos, 100 quilos ($€ 100,00 \times 100 \text{ quilos} = € 10.000,00$) fossem ser vendidos/adquiridos.

Portanto, por meio da interpretação conjunta dos contratos coligados, é possível determinar-se o prazo mínimo de duração do contrato de fornecimento de café, qual seja, o tempo suficiente para que aquela determinada quantidade de café fosse vendida (evento certo, de data incerta)³²³.

Tem-se que na tarefa de interpretação dos contratos coligados, o intérprete deve considerar o contexto circunstancial em que foram entabulados os ajustes, para que possa aferir a real intenção das partes. Não se pode, portanto, analisar os contratos de forma isolada, mas deve-se considerar as circunstâncias “que o rodeiam, sob pena de erro grave”³²⁴.

Na coligação *ex lege*, a interpretação dos contratos far-se-á de acordo com as disposições previstas em lei. Na coligação natural, muito embora seja da própria natureza desse

³²³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 148-149.

³²⁴ CASCAES, Amanda Celli – A Interpretação dos Contratos Coligados. **Op. Cit.** p. 117.

tipo de coligação, a relação de dependência unilateral entre os ajustes, caberá ao intérprete identificar eventual discrepância na coligação dos ajustes³²⁵.

Na coligação voluntária, sobretudo quando implícita, a interpretação dos contratos ganha papel de destaque, na medida em que a análise de todas as circunstâncias e identificação da real vontade das partes, no que chama Francisco Marino, de “reconstrução do conteúdo dos contratos” será determinante para se determinar as consequências jurídicas da coligação³²⁶.

Na *interpretação objetiva* do contrato coligado, o intérprete deve “desenvolver ao máximo as potencialidades do conteúdo do contrato”³²⁷. Portanto, se as cláusulas contratuais não dispuseram, de forma clara, acerca da intensidade dos contratos coligados, caberá ao intérprete considerar todas as circunstâncias do contrato, sob uma ótica objetiva, para tentar alcançar as suas consequências.

Um exemplo disso, é o caso em que “A” (vendedor) celebra contrato de compra e venda do terreno “X”, com “B”, e, na mesma data, celebra uma promessa de compra e venda, em que promete vender a “B” dois terrenos contíguos ao terreno “X”.

“B” quita o preço do terreno “X” e é imitido na posse sua posse. Todavia, deixa de adimplir com as parcelas relativas aos terrenos contíguos. Assim, “A” pleiteia a resolução de ambos os contratos, fundado na exceção do contrato não cumprido.

De fato, inexistente qualquer cláusula expressa vinculando ambos os ajustes, que têm por objeto terrenos distintos e preços determinados e certos para cada uma das operações. Todavia, da interpretação dos mesmos, identifica-se os seguintes elementos: (a) os ajustes foram celebrados na mesma data; (b) os terrenos contíguos (nos quais há apenas a área de lazer e piscina) não possuem qualquer utilidade, sem o terreno “X”, no qual encontra-se construída a casa; (c) indivisibilidade dos imóveis. Esses fatores circunstanciais são suficientes para se determinar a existência da coligação entre os ajustes e a sua interdependência. Portanto, desfazendo-se um dos ajustes, o outro também poderá ser desfeito³²⁸.

Por fim, *o processo de interpretação deve considerar, ainda, a hipótese ideal do fim do contrato*. Ou seja, o intérprete deve fazer o exercício de verificação de qual seria o resultado que as partes alcançariam se o contrato coligado produzisse todos os seus efeitos³²⁹. Nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, deve-se verificar o “resultado que, hipoteticamente,

³²⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 145/146.

³²⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 146.

³²⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 150.

³²⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 150/151.

³²⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 156/157.

o negócio jurídico atingiria, se todos os efeitos, dele decorrentes, se concretizassem”³³⁰. Dessa maneira, é possível identificar o efeito unificador do conteúdo do contrato, bem como o seu sentido global.

Na coligação voluntária expressa, por exemplo, o fato de as partes terem optado por vincular dois ajustes autônomos e independentes, demonstra que pretendem alcançar um determinado fim, que não se limita ao individualismo de cada um dos ajustes. Levar em consideração o fim dos contratos no processo de interpretação, tem, portanto, papel fundamental para identificação da intensidade e consequências da coligação³³¹.

A título exemplificativo, pode-se citar a seguinte hipótese: “A” exerce a atividade de venda de mercadorias no seu estabelecimento “X”, quando decide transferir o negócio a “B”. Assim, “A” e “B” celebram dois contratos, um por meio do qual “A” arrenda o imóvel a “B” para funcionamento do mercado; e outro por meio do qual vende as mercadorias a “B”. Uma vez consumada a compra e venda das mercadorias, “B” é notificado pela Prefeitura, de que a licença para funcionamento de mercados naquela área havia sido revogada³³².

Nesse exemplo, verifica-se claramente a existência da coligação contratual, na medida em que os dois contratos (arrendamento e compra e venda de mercadorias) possuem o mesmo objetivo fim: a exploração da atividade comercial de compra e venda de mercadorias.

Note-se que a atividade já vinha sendo exercida por “A”, que, decide, transferir o negócio a “B”, por meio dos ajustes acima. Neste caso, extinguindo-se a possibilidade do objetivo fim dos contratos serem atingidos, não se tem dúvidas de que B poderia postular o desfazimento de ambos os negócios, repita-se, considerando o *fim do contrato* a que as partes pretendiam alcançar, isto é, que as mercadorias fossem vendidas no mercado, instalado no imóvel de “A”.

Note-se que uma interpretação isolada e unitária dos ajustes mencionados não seria suficiente para que se pudesse autorizar o desfazimento de ambos negócios jurídicos. Apenas após a análise da finalidade e as circunstâncias em que foram celebrados os contratos é que é possível alcançar-se a real intenção das partes e inferir-se, assim, a relação de dependência entre um e outro, capaz de autorizar o desfazimento dos negócios.

³³⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de – **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. p. 107.

³³¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo **Op. Cit.** p. 157

³³² Idem – **Op. Cit.** p. 158 e 160.

Tecidas essas considerações acerca das formas de interpretação dos contratos coligados, bem como seu crucial papel na determinação da intensidade e efeitos da coligação, passemos à análise das consequências relativas à qualificação dos contratos coligados.

3.5.2. Qualificação dos contratos

Outra das consequências jurídicas da coligação contratual é a possibilidade de alteração da qualificação jurídica (típica ou atípica) dos contratos envolvidos. Assim, apesar de um contrato, quando analisado de forma individual e autônoma, poder ser qualificado juridicamente de uma maneira (por exemplo, um contrato de arrendamento), nas hipóteses de coligação, essa qualificação pode vir a ser alterada.

É o caso, por exemplo, dos contratos firmados entre distribuidora de combustíveis e postos de combustíveis, em que se preveja o arrendamento de espaço que possui a estrutura necessária para funcionamento de um “posto de gasolina”.

Nesses casos, alguns Tribunais estaduais brasileiros, ao julgarem as ações de despejo (única ação adequada para reaver imóvel dado em arrendamento no Brasil) propostas pelos “postos de gasolina” contra as distribuidoras, vinham entendendo que esse tipo de contrato, em verdade, objetiva mascarar a real operação comercial por de trás deles, consistentes na distribuição, compra e revenda de combustíveis, e utilização e divulgação da marca e, que, portanto, não seria cabível a ação de despejo, mas sim a ação de reintegração de posse.

Ou seja, em razão da interpretação dos contratos coligados, os Tribunais estaduais brasileiros vinham alterando a qualificação de um contrato expressamente denominado como de arrendamento para àquela que se ajustaria à real intenção das partes.

Em outro precedente, o Tribunal de Justiça de Goiás entendeu que esse tipo de contrato possuiria a natureza de locação *sui generis*. Veja-se trecho da ementa do acórdão proferido:

LOCAÇÃO E PROCESSUAL CIVIL - CONTRATO FIRMADO ENTRE DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E POSTO REVENDEDOR - NATUREZA SUI GENERIS - LEI N.º 8.245/91 TAMBÉM APLICADA - ILEGALIDADE DO CONTRATO EM RAZÃO DE CLÁUSULAS LEONINAS - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DA SÚMULA 05/STJ - ALÍNEA "C" - COTEJO ANALÍTICO DE UM DOS JULGADOS COLACIONADOS - AUSÊNCIA - SUBLOCAÇÃO NA MESMA DATA DA LOCAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO - CONSEQÜENTE LEGITIMIDADE DA SUBLOCADORA DE

FIGURAR NO PÓLO ATIVO DE AÇÃO DE DESPEJO - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO. I - A atividade de revenda de combustíveis é essencialmente empresarial, podendo-se dizer que o contrato firmado entre distribuidora de derivados de petróleo e posto revendedor se trata de um contrato de locação *sui generis*, em que a Lei do Inquilinato rege apenas parte do negócio. II - A análise de ineficácia de contrato, quando o acórdão recorrido decide com base na interpretação dos dispositivos contidos no contrato e conclui pela existência de cláusulas leoninas, implica o reexame de cláusulas contratuais, o que é vedado pelo Enunciado Sumular n.º 05 desta Corte. (...) V - Não há que se falar na carência de ação de despejo, pois o art. 14 da Lei Locatícia é claro ao determinar que "aplicam-se às sublocações, no que couber, as disposições relativas às locações". Logo, uma vez cessada a conveniência na manutenção da sublocação pela sublocadora, a ação de despejo de que trata o art. 5º c/c art. 57, ambos da Lei n.º 8.245/91 é a cabível. VI - Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido³³³.

Não obstante, ao analisar a questão, o e. Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento do sentido de que os contratos firmados entre empresas de distribuição de combustíveis e as exploradoras de postos de combustíveis que envolvam a cessão de área, consubstanciam locação (arrendamento), regida pela lei de Locações Brasileira. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ENTRE DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E "POSTO DE GASOLINA". LOCAÇÃO. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. LEI 8.245/91. APLICABILIDADE. AÇÃO DE DESPEJO. ADEQUAÇÃO. I - O recurso especial é admissível na hipótese de qualificação jurídica dos fatos. (Precedentes). II - O contrato celebrado entre Distribuidora de Combustíveis e "Posto de Gasolina" tem natureza contratual de locação. III - Adequação da ação de despejo em virtude da aplicação da Lei 8.245/91. Recurso Especial provido (...) restou decidido pela 5ª Turma nos autos do REsp. 440.398/GO, em julgamento realizado em 03 de março de 2005, que as distribuidoras de combustíveis podem propor ação de despejo contra sublocadores de postos de gasolina, uma vez que por diversas vezes esta Corte

³³³ SOUZA REI, Jose Pereira de relat. –Acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás *apud* – PARGENDLER, Ari relat. – Acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça com número REsp. 440.398/GO de 09 de novembro de 2006 [Em linha]. [Consult. 25 mar. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=624402&num_registro=200501356113&data=20061204&formato=PDF

reconheceu a validade e eficácia do contrato de locação celebrado entre as mesmas, especialmente quando da discussão sobre a ilegitimidade da distribuidora para propor ação renovatória quando sublocado o "posto de gasolina" ao revendedor³³⁴.

Independentemente do entendimento adotado acerca da real qualificação desse tipo de contrato, interessa-nos observar o fato de que, a coligação contratual admite a modificação da qualificação dos ajustes que integram a rede dos contratos coligados, de acordo com as circunstâncias e reais intenções das partes ao entabularem o negócio jurídico.

Nesse sentido, Carlos Nelson Konder também reconhece que a coligação contratual pode importar na revisão das qualificações dos contratos³³⁵.

Em suma, a qualificação original dos contratos, aquela identificada quando analisados de forma pura, simples e individualizada, pode vir a ser modificada, em decorrência do reconhecimento da coligação contratual.

3.5.3. Derrogação do regime jurídico típico

No mesmo sentido, acima como por vezes a qualificação do contrato pode ser alterada em razão da coligação contratual, o próprio regime jurídico aplicável aos contratos pode sofrer modificações em razão dessa³³⁶.

Ou seja, outras das consequências jurídicas da coligação contratual é a possibilidade de o tipo contratual original sofrer modificações na sua natureza, de modo, inclusive, a afastar a aplicabilidade de parte da regulação a ele correspondente. E a razão é fundada no princípio de que as partes possuem liberdade para estabelecer livremente as disposições contratuais³³⁷.

A título exemplificativo, Francisco Marino cita o contrato de subarrendamento e o contrato de franquia. Nesses casos, o aluguel pago pelo subarrendatário-franqueado ao subarrendante-franqueador geralmente é superior ao próprio aluguel estabelecido no contrato de arrendamento, o que, em tese, violaria os arts. 21.º e 43.º, inciso I da Lei do 8.245/91 brasileira (Lei de Arrendamento, no Brasil, designada como Lei de Locações ou Lei do

³³⁴ FISCHER, Felix relat. – Acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp. 687.336/MG, 15 de março de 2005 [Em linha]. [Consult. 28 abr. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=534365&num_registro=200400946811&data=20050516&formato=PDF

³³⁵ KONDER, Carlos Nelson – **Op. Cit.** p. 200.

³³⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 181/182.

³³⁷ Idem– **Op. Cit.** p. 182.

Inquilinato), que dispõe que o valor do subarrendamento não poderá ser superior ao valor do próprio arrendamento.

Todavia, analisando-se a questão do ponto de vista da coligação contratual, e considerando que o franqueador realiza as reformas e instalações no imóvel, necessárias a compatibilizá-lo com a estrutura exigida por sua franquia, justifica-se afastar a norma prevista na legislação específica de arrendamento³³⁸.

Em conclusão, a coligação contratual não somente acarreta a possibilidade de alteração da qualificação dos tipos contratuais coligados, mas também é capaz de derogar regras do regime jurídico típico a ele aplicáveis.

3.5.4. Plano da validade e eficácia

O vínculo de dependência dos contratos coligados conduz, desde logo, à noção de que a invalidade de um contrato enseja a invalidade do outro a ele coligado. Todavia, essa ideia contradiz o princípio geral do direito de que se deve conservar ao máximo os negócios jurídicos celebrados³³⁹. Portanto, ainda que parte do negócio seja declarada nulo, segundo o princípio da conservação do negócio jurídico, deve-se manter a parte restante válida e produzindo seus efeitos.

Nesse sentido, o art. 292.º do Código Civil português e o art. 184.º do Código Civil brasileiro estabelecem, respectivamente, que “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada” e “Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

No caso de contratos administrativos, o Código dos Contratos Públicos, em seu art. 285.º, n.º 3, dispõe que “Todos os contratos públicos são suscetíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respetivo desvalor jurídico”.

Ou seja, a invalidade parcial de um negócio jurídico ou redução de um ato negocial não o atingirá na parte válida, se esta puder subsistir automaticamente, desde que respeita a intenção

³³⁸ Idem— **Op. Cit.** p. 182/183.

³³⁹ Idem— **Op. Cit.** p. 189.

ou finalidade pretendida pelas partes, para que seja possível, dessa forma, conservar o negócio jurídico, ainda que parcialmente³⁴⁰.

Sobre o tema, vale citar acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que reconhece a possibilidade de reconhecimento da onerosidade excessiva para revisar um contrato, ao invés de rescindi-lo, como dita o art. 478.º do Código Civil brasileiro³⁴¹. Confira-se: “Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/02 - que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual - é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na Lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/02, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170”³⁴².

Como se vê, o esforço de se manter são o negócio jurídico, ainda que em parte e desde que respeitada a vontade das partes, consubstancia princípio geral do direito. Assim, de acordo com esse princípio, a invalidade de um contrato coligado não poderia ensejar a invalidade dos demais. Ou seja, estender-se a invalidade de um contrato ao outro a ele coligado parece violar essa regra do direito.

No entanto, essa ideia, na coligação dos contratos se revela incoerente. Isso porque, a vontade das partes era de estabelecer uma relação de dependência entre os diferentes negócios jurídicos. Não estender a invalidade de um para outro também contradiz o conceito da própria coligação³⁴³.

Nesse sentido, Carlos Nelson Konder³⁴⁴, leciona que, “ainda que o outro negócio não padeça da mesma vicissitude do negócio inválido, a falta de forma ou solenidade exigida em lei ou outra causa específica de nulidade, é razoavelmente pacífica a consideração que a coligação pode importar em sua ineficácia (lato sensu), por meio da invocação do aforismo latino *simul stabunt, simul cadente*”.

Com efeito, de acordo com Francisco Marino, a melhor solução para a problemática é analisar o tipo de coligação existente, se unilateral ou bilateral, bem como qual dos contratos

³⁴⁰ DINIZ, Maria Helena – **Código civil anotado: com comentários à lei de introdução ao código civil**. p. 204.

³⁴¹ Art. 478 do Código Civil brasileiro. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

³⁴² ANDRIGUI, Nancy relat. – Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp. 977.007/GO, 24 de novembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 28 mar. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=931942&num_registro=200701891350&data=20091202&formato=PDF

³⁴³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 190/191.

³⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson – **Op. Cit.** p. 221/222.

serve de maneira acessória ao principal, isto é, qual deles possuiria maior importância do que o outro. Diz, ainda, de maneira geral, que na coligação unilateral haveria um contrato com maior importância do que o outro e na coligação bilateral essa importância seria equivalente³⁴⁵.

Segundo o autor, no caso da coligação unilateral, vinculado pelo critério de acessoriedade, a invalidade ou ineficácia de um poderá se estender ao outro. Essa questão torna-se, todavia, mais complexa em se tratando de coligação bilateral.

Nesse último caso, caberá ao intérprete analisar e considerar, sobretudo, o fim a que visavam atingir as partes por meio de ambos os contratos. É apenas no caso em que o fim concreto não puder ser atingido que a invalidade de um dos contratos poderá ser declarada e, ao mesmo tempo, invalidado o outro contrato a ele coligado³⁴⁶.

É o caso, por exemplo, do arrendamento e subarrendamento: em sendo o arrendamento anulado, por óbvio que o subarrendamento o será. Outro exemplo, muito comum na jurisprudência, é o caso de compra e venda de imóvel com financiamento. O contrato de financiamento, indiscutivelmente, somente existe em razão do contrato de compra e venda. Assim, sendo o primeiro anulado, por exemplo, em razão do atraso na entrega da obra, por óbvio, que o contrato de financiamento também o será, ainda que celebrado com pessoa diversa (instituição financeira) da parte vendedora, porque, repita-se, o empréstimo é condicionante da compra e venda, de modo que, sem ele esta última não se concretiza. Nesse sentido, vale colacionar trecho do acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Confira-se:

(...) O contrato de compra e venda celebrado por quem negocia com consumidor que depende de financiamento para efetuar a aquisição é coligado com o de financiamento, ainda que a financeira seja pessoa diversa da vendedora. O empréstimo é condicionante da compra e venda; sem ele essa última não se concretiza.

Daí que o consumidor, se pretender o desfazimento da compra e venda, deverá pleitear também o de financiamento. Sendo a vendedora pessoa distinta da do mutuante, ambas devem ser demandadas, cada qual em relação ao contrato que ajustou.

³⁴⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 192.

³⁴⁶ Idem– **Op. Cit.** p. 193/194.

É de se convir que a extinção de um contrato coligado importa necessariamente a extinção do outro, independentemente da existência ou não de irregularidades ou vícios no contrato de financiamento³⁴⁷.

O julgado acima demonstra, de forma muito clara, como é possível que a invalidação de um contrato tenha repercussão direta no outro contrato a ele coligado.

Assim, do mesmo modo como a invalidade de um negócio jurídico pode repercutir no plano da validade do outro contrato a ele coligado, a ineficácia de um pode afetar a eficácia do outro ou não, conforme a análise do caso concreto (sendo possível verificar que o fim perseguido pelas partes ainda pode ser atingido, a ineficácia não contamina o outro contrato).

3.6. A exceção do contrato não cumprido na união de contratos (contratos coligados)

A exceção do contrato não cumprido, como anteriormente discorrido, é a faculdade que cada uma das partes detém, nos contratos bilaterais (sinalagmáticos), de recusar o cumprimento da sua prestação enquanto a contraprestação devida não for cumprida pela outra parte ou esta não oferecer o cumprimento simultâneo da contraprestação³⁴⁸.

Trata-se de importante mecanismo que funciona como uma garantia do excipiente em relação ao devedor insolvente e, ao mesmo tempo, como um eficaz meio coercitivo de obrigar o devedor a cumprir a sua parte no negócio jurídico estabelecido entre as partes³⁴⁹.

A grande questão que ora se pretende analisar é quanto ao cabimento da sua oposição no âmbito dos contratos coligados. E, para que se compreenda o alcance e importância dessa discussão, imagine-se a seguinte situação, vivenciada diariamente por inúmeros de consumidores: um consumidor comparece ao balcão de vendas de unidades imobiliárias de uma determinada incorporadora, que lhe oferece a possibilidade de obter um financiamento imobiliário, para aquisição da unidade, em condições mais favoráveis, por meio de uma financiadora parceira.

O consumidor celebra, então, o contrato de promessa de compra e venda da unidade imobiliária com a incorporadora, juntamente com o contrato de mútuo e alienação fiduciária com a financiadora. A financiadora paga à construtora o preço à vista para aquisição da unidade

³⁴⁷ LEME, Gilberto relat. – Acórdão da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com número 0052197-37.2007.8.26.0114, 19 de outubro de 2015 [Em linha]. [Consult. 17 abr. 2019]. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>

³⁴⁸ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 35.

³⁴⁹ SILVA, João Calvão da – **Op. Cit.** p. 337/338.

imobiliária e, na sequência, cobra do consumidor, conforme as cláusulas pactuadas no ajuste, as parcelas relativas ao financiamento.

No curso do pagamento das parcelas do financiamento, a construtora atrasa a obra e, conseqüentemente, a entrega das chaves da unidade imobiliária ao consumidor. Assim, indaga-se: o consumidor poderia invocar a seu favor a exceção do contrato não cumprido, de maneira a interromper o pagamento das parcelas do financiamento, até que a incorporadora entregasse as chaves da unidade imobiliária, conforme pactuado entre as partes?

Não há dúvidas de que seria plenamente aceitável a oposição da exceção do contrato não cumprido, na hipótese em que a negociação tivesse levado à celebração de um contrato de aquisição de unidade imobiliária, com o pagamento parcelado, efetuado pelo consumidor diretamente à incorporadora. Isto é, na hipótese de atraso na entrega da unidade imobiliária o consumidor poderia interromper o pagamento das parcelas devidas à incorporadora.

A dúvida paira, todavia, na hipótese em que existe essa triangulação de negócios jurídicos, com o envolvimento da financiadora. Em uma análise simplista, autônoma e bilateral das relações contratuais existentes, a financiadora estaria completamente alheia ao inadimplemento da construtora. A existência de partes e objetos distinto poderia levar à conclusão de que o inadimplemento da construtora não possuiria qualquer repercussão na relação contratual entre consumidor e financiadora.

É certo, não obstante, que, no caso, os contratos existentes devem ser analisados no contexto geral da relação comercial contratualmente estabelecida entre as partes, onde foram firmados. As partes perseguiram um resultado negocial vinculado a uma operação econômica global, com contratos entrelaçados num único conjunto econômico, devendo o enfoque ser dado ao 'negócio', e não apenas ao 'contrato', como leciona Mosset Iturraspe³⁵⁰. Trata-se, pois, de evidente relação de contratos coligados: o contrato de financiamento somente existe para aquisição da unidade imobiliária, e a este está umbilicalmente vinculado.

Impositivo, portanto, compreender-se quais as condições e requisitos necessários para admissão da oposição da exceção do contrato não cumprido, para que se possa determinar a possibilidade de invocá-la no âmbito dos contratos coligados.

A doutrina entende que para a oposição da exceção do contrato não cumprido, faz-se necessária a existência dos seguintes quatro requisitos: (i) vínculo sinalagmático; (ii) simultaneidade das prestações; (iii) inadimplemento; (iv) boa-fé.

³⁵⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset – **Op. Cit.** p. 9

Iniciando a análise pelo segundo requisito (simultaneidade das prestações), é imprescindível que as prestações sejam executadas simultaneamente, de modo que seja possível que uma parte recuse o cumprimento da sua obrigação enquanto a prestação da outra não for executada. Assim, é preciso que ambas as obrigações tenham alcançado o seu termo de vencimento e, portanto, sejam exigíveis³⁵¹.

No âmbito dos contratos coligados, é perfeitamente possível que as prestações sejam simultâneas. No exemplo citado, a obrigação da entrega das chaves da unidade imobiliária é contemporânea à obrigação do consumidor efetuar o pagamento da parcela do financiamento.

O terceiro requisito consiste no inadimplemento. Para que se opere a *exceptio*, a recusa da prestação pelo excipiente deve estar fundamentada no inadimplemento contratual da outra parte, sempre quando este último for exigível, ou seja, esteja vencido. O excipiente, portanto, se recusa a cumprir a sua prestação quando demandado pelo excepto, que se encontra inadimplente em relação à sua contraprestação³⁵². O atraso na entrega das chaves da unidade imobiliária adquirida – no exemplo que citamos acima –, configura, portanto, o requisito do inadimplemento, também possível no âmbito das redes contratuais.

Quanto ao quarto requisito (boa-fé), assim como os negócios jurídicos devem estar pautados na boa-fé, a exceção do contrato não cumprido também deve estar subordinada à esta cláusula geral, que impõe às partes de agirem com honestidade e de cumprirem, de maneira criteriosa, todos os seus deveres assumidos, em decorrência da relação contratual entabulada.

Em outras palavras, a exceção do contrato não cumprido, ao constituir um meio de forçar o cumprimento do contrato pelo excepto, acaba por concretizar o princípio da boa-fé, na medida em que evita o desequilíbrio das prestações, protegendo, assim, a parte contratante prejudicada com o inadimplemento da outra³⁵³. É claramente possível que a exceção do contrato não cumprido invocada no âmbito dos contratos coligados esteja subordinada à essa cláusula geral.

Por fim, quanto primeiro requisito, não se tem dúvidas de que a exceção do contrato não cumprido decorre e é consequência do sinalagmatismo dos contratos. Como cada uma das partes assume obrigações correspondentes, o inadimplemento de uma delas romperia esse

³⁵¹ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 46.

³⁵² *Idem* – **Op. Cit.** p. 74.

³⁵³ SOTTOMAYOR, Maria Clara relat. – Acórdão da 1ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 2545/10.5TVLSB.L1.S1, 17 de novembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 24 nov. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/AD3E94B78B31F5CF80257F080057EB17>

equilíbrio, se, mesmo nessa situação de descumprimento, a parte inadimplente pudesse continuar a exigir as demais prestações³⁵⁴.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça reconhece que a possibilidade da oposição da exceção do contrato não cumprido está umbilicalmente relacionada à necessidade de conservação do equilíbrio contratual dos contratos bilaterais, rompido com o inadimplemento de uma das prestações, por uma das partes. Veja-se: “A exceção do não cumprimento do contrato, consagrada no art. 428.º do Código Civil, é uma consequência natural dos contratos sinalagmáticos, pois, neles, cada uma das partes assume obrigações, tendo em vista as obrigações da outra parte, de sorte que se romperia o equilíbrio contratual, encarado pelas partes, se caso uma delas pudesse exigir da outra o cumprimento sem, por outro lado, ter cumprido o que se prestar a cumprir”³⁵⁵.

Nesse diapasão, vale transcrever, ainda, as lições de Ricardo Luiz Lorenzatti: “Por ello entendemos que hay que hablar de una ‘correspectividade bilateral’ y de una ‘correspectividade sistemática de las prestaciones’. Esta última debería ser entendida como la reciprocidade existente entre lo que cada uno de los interantes del sistema paga y lo que ele sistema puede satisfacer de acuerdo com su racionalidade económica. (...) El incumplimento de las obligaciones contractuales no se agota em sus efectos bilaterales, sino que es perceptible uma repercusión em el sistema”³⁵⁶.

No caso da coligação dos contratos, uma das suas principais consequências, diz respeito à integração e interpretação dos negócios jurídicos, que deve ser realizada de forma unitária e complexa, sobretudo no âmbito do inadimplemento. Ao contrário do que ocorre com os contratos autônomos, o feixe de obrigações assumidas na coligação contratual transcende à bilateralidade das relações tradicionais e repercute em todos os contratos que a integram. Nesse sentido, leciona Rodrigo Xavier Leonardo: “Nas redes contratuais verifica-se algo transcendente à bilateralidade comum aos contratos singulares. As prestações de uma parte não são correspectivas apenas às prestações da contraparte dos contratos singulares. A relação de correspectividade que deve se estabelecer envolve os demais contratos coligados em rede”³⁵⁷.

³⁵⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara relat. – Acórdão da 1ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 2545/10.5TVLSB.L1.S1, 17 de novembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/AD3E94B78B31F5CF80257F080057EB17>

³⁵⁵ ROCHA, Oliveira relat. – Acórdão da 2ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4913/05.5TBNG.P1.S1, 04 de fevereiro de 2010 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e133a878c0643ec9802576c5003362db>

³⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis – **Op. Cit.** p. 38-39.

³⁵⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier – **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. p. 132.

Como consectário lógico da existência de contratos em um sistema, o inadimplemento por qualquer uma das partes repercute naturalmente no outro.

É clara, portanto, a existência de um equilíbrio contratual do sistema, que demanda a proteção da exceção do contrato não cumprido. Isso porque, a partir do momento em que há uma relação de interdependência entre os contratos, todos com uma única finalidade econômico-social, que transcende a individualidade de cada contrato e que constitui a razão de ser de sua união, naturalmente, forma-se um equilíbrio sistemático-contratual, isto é, um vínculo “sinalagmático supracontratual”³⁵⁸. Havendo o desequilíbrio de um dos contratos – por exemplo, o inadimplemento de uma das parcelas das relações jurídicas – afeta-se todo o sistema e não apenas aquele contrato individual e específico.

É impositivo, assim, assegurar-se à parte prejudicada a possibilidade de pode invocar a seu favor, mesmo na outra relação contratual – integrante da coligação contratual – a exceção do contrato não cumprido.

Nessa linha, o doutrinador J.M. de Carvalho Santos preleciona: “se as duas convenções, pelas relações que as ligam (...), se fundem, por assim dizer, em uma só, poder-se-á admitir a exceção”³⁵⁹.

Calvão da Silva, por sua vez, deixa claro que no âmbito da união de contratos (coligação de contratos) que estejam numa relação de interdependência entre si, nada impede o funcionamento da exceção do contrato não cumprido nas obrigações acessórias emergentes do contrato, desde que o requisito fundamental da “interdependência e corresponsabilidade se verifique entre elas”³⁶⁰. Confira-se:

A aplicação da *exceptio inadimpleti contractus* na união ou coligação de contratos não pode oferecer dúvida séria e legítima, em respeito à vontade última das partes traduzida no programa econômico unitário realizado através de uma pluralidade de negócios jurídicos. No fundo, a defendida aplicação da *exceptio* não passa de expressão ou afloramento da reconhecida repercussão de efeitos entre os negócios ligados: o incumprimento de um contrato [...] pode validamente ser excepcionado pela outra parte [...] para legitimamente recusar ou suspender o pagamento de certas rendas no [outro] contrato e assim paralisar ou travar a resolução de [um outro] contrato.

³⁵⁸ GAGLIARDI, Rafael Villar – **Op. Cit.** p. 198

³⁵⁹ *Apud* MELLO, Campos relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 934/07.1TBFND-A.C1, 26 de fevereiro de 2015 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172120094/apelacao-apl-18791520108260318-sp-0001879-1520108260318/inteiro-teor-172120108?ref=juris-tabs>.

³⁶⁰ SILVA, João Calvão da – **Op. Cit.** p. 333

A interdependência e correspectividade das prestações emergentes de contratos distintos, mas coligados ou unidos, torna aplicável a regra *inadimpleti non est adimplendum*, porque e na medida em que as partes contraentes, no uso da autonomia privada, quiseram ligar as relações entre si, em função umas das outras (coligação voluntária, teleológica e funcional [...])³⁶¹.

Apesar de nos contratos coligados cada negócio jurídico conservar a sua autonomia (o que não ocorre nos contratos mistos), há uma interdependência e equilíbrio no sistema de contratos que justifica a oposição da *exceptio*, sob pena de se praticar verdadeira injustiça com a parte prejudicada, que teria seus direitos restringidos.

No exemplo acima tratado, não haveria nenhuma relação direta entre o atraso na entrega das chaves e a financiadora, que justificasse a possibilidade de o consumidor invocar contra ela a *exceptio*, e, então, se recusasse ao pagamento das demais parcelas. No entanto, decerto essa situação seria geradora de verdadeira injustiça, na medida em que restringiria os direitos do comprador e favoreceria o desequilíbrio da rede de contratos.

A finalidade das partes ao celebrar o contrato de financiamento era, em última instância, fomentar a atividade principal de construção e venda da unidade imobiliária. Há uma nítida relação de interdependência entre os contratos, o que possibilita a arguição da exceção do contrato não cumprido. Isto é, há um equilíbrio contratual global que precisa ser preservado, daí porque os defeitos da coisa vendida são oponíveis à financiadora³⁶².

Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias justificam a possibilidade da exceção do contrato não cumprido nos contratos coligados por identificarem nestes o que chamam de “sinalagma trilateral”³⁶³. Isso porque, nesse tipo de sistema contratual, há três intervenientes que assumem obrigações interdependentes entre si, todas elas intrinsecamente limitadas ao sucesso de uma outra atribuição a cargo de parte diversa da beneficiária da primeira.

Ao contrário do sinalagma bilateral, em que se verifica a existência de duas obrigações correspondentes e diretamente recíprocas entre si, no sinalagma trilateral não há essa reciprocidade direta entre as partes, mas sim no sistema global. Cada uma das partes conseguirá cumprir sua prestação se a terceira cumprir a sua. Por essa razão, os remédios sinalagmáticos têm aplicação.

³⁶¹ MARTINS, Pedro relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 934/07.1TBFND-A.C1, 12 de novembro de 2011 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/65a4220e8ac1ade880257917003dd0f8>.

³⁶² MARTINEZ, Pedro Romano – **Cumprimento Defeituoso, em Especial na Compra e Venda e na Empreitada**, p. 466/467

³⁶³ PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro – Sobre o conceito e a extensão do sinalagma. In TELLES, Inocêncio Galvão – **Op. Cit.** p. 399.

Nas palavras dos ilustres mencionados doutrinadores, “Supondo uma relação puramente obrigacional, o não cumprimento por uma das partes dará, em regra, ao respectivo credor a possibilidade de, verificados os competentes requisitos, usar esses remédios contra a terceira parte, de quem ele é devedor e relativamente à prestação por ele devida. Acresce que o exercício desses meios de defesa terá, em princípio, um efeito de cascata, i.e., legitimará a terceira parte a exercer um meio de defesa idêntico no que respeita à sua vinculação”.

Nessa linha, a jurisprudência portuguesa já se manifestou, reconhecendo a possibilidade de arguição da exceção do contrato não cumprido nos contratos coligados, isto é, quando presente o vínculo de reciprocidade ou interdependência entre os ajustes. Veja-se a ementa do Acórdão Tribunal da Relação do Porto: “I - O artigo 428 do Código Civil deve ser interpretado de forma não redutora, abrangendo não só as obrigações emergentes de contrato bilaterais, mas também se aplicando a situações que também geram obrigações para ambas as partes, sem que estejam compreendidas no mesmo sinalagma. II - Posto é que essas obrigações estejam ligadas por um vínculo de reciprocidade ou interdependência”³⁶⁴.

No Brasil, no mesmo caminho, a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito da parte prejudicada com o inadimplemento da outra invocar, no âmbito da coligação contratual, a exceção do contrato não cumprido, mesmo na relação contratual subjacente. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. NECESSIDADE. CONTRATOS COLIGADOS. UNIDADE DE INTERESSES ECONÔMICOS. RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA EVIDENCIADA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. TÍTULO EXECUTIVO. INEXIGIBILIDADE. (...) 4. A unidade de interesses, principalmente econômicos, constitui característica principal dos contratos coligados. 5. Concretamente, evidenciado que o contrato de financiamento se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, havendo sido firmado com o propósito de incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no Posto de Serviço Ipiranga, obrigando-se o Posto revendedor a aplicar o financiamento recebido na movimentação do Posto de Serviço Ipiranga, está configurada a conexão entre os contratos,

³⁶⁴ SOBRINHO, Alberto relat. – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto com número 0325505, 16 de dezembro de 2003 [Em linha]. [Consult. 20 out. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/E93EC68743A9735480256E1C0053AF37>

independentemente da existência de cláusula expressa. 6. A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido³⁶⁵.

Na União Europeia, em matéria de crédito ao consumo, como já dito anteriormente, foi promulgada a Diretiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo, que previu em seu art. 11.º, a possibilidade do consumidor invocar a seu favor a exceção do contrato não cumprido perante o financiador, diante do inadimplemento do fornecedor do bem adquirido³⁶⁶. Essa norma foi incorporada no direito português através do Decreto-Lei n.º 359/91, que, em seu art. 12.^o³⁶⁷.

Essa norma também foi incorporada no direito alemão, especificamente no § 359.º do BGB, que, segundo tradução livre de Francisco Marino³⁶⁸, assim dispõe: “O Consumidor pode recusar a restituição do mútuo quando exceções nascidas do contrato coligado o legitimariam a recusar a própria prestação em face do empresário com o qual concluiu o contrato coligado”.

³⁶⁵ GIUSTINA, Vasco Della relat. – Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp: 985531 SP, 01 de setembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=908813&num_registro=200702212232&data=20091028&formato=PDF

³⁶⁶ Art. 11º. 1. Os Estados-membros assegurarão que a existência de um contrato de crédito não influenciará de maneira alguma os direitos do consumidor contra o fornecedor dos bens ou serviços adquiridos ao abrigo desse contrato, nos casos em que os bens ou serviços não sejam fornecidos ou de qualquer modo não estejam em conformidade com o contrato relativo ao seu fornecimento.

2. O consumidor terá o direito de demandar o mutuante quando:

- a) Com vista a adquirir bens ou a obter serviços, um consumidor celebrar um contrato de crédito com terceira pessoa diversa do fornecedor desses bens e serviços, e
- b) O mutuante e o fornecedor de bens ou serviços tiverem um acordo preexistente ao abrigo do qual o mutuante põe o crédito à disposição exclusiva dos clientes desse fornecedor para aquisição de bens e serviços ao mesmo fornecedor, e
- c) O consumidor a que se refere a alínea a) obtiver tal crédito em conformidade com o referido acordo preexistente, e
- d) Os bens ou serviços abrangidos pelo contrato de crédito não sejam fornecidos ou só parcialmente o sejam ou não sejam conformes com o contrato de fornecimento, e
- e) O consumidor tiver demandado o fornecedor mas não tenha obtido a satisfação a que tiver direito.

Os Estados-membros determinarão em que medida e em que condições pode ser exercido esse direito.

³⁶⁷ Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 359/91 de Portugal

Venda de bens ou prestação de serviços por terceiro

1 - Se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro, a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito, sempre que exista qualquer tipo de colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito.

2 - O consumidor pode demandar o credor em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda por parte do vendedor desde que, não tendo obtido do vendedor a satisfação do seu direito, se verifiquem cumulativamente as seguintes condições:

- a) Existir entre o credor e o vendedor um acordo prévio por força do qual o crédito é concedido exclusivamente pelo mesmo credor aos clientes do vendedor para a aquisição de bens fornecidos por este último;
- b) Ter o consumidor obtido o crédito no âmbito do acordo prévio referido na alínea anterior.

3 - O disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, aos créditos concedidos para financiar o pagamento do preço de um serviço prestado por terceiro.

³⁶⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Op. Cit.** p. 217.

Posteriormente, a Diretiva 87/102/CEE do Conselho foi revogada pela Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu do Conselho de 23 de abril de 2008, que, mantendo a regra geral da primeira, passou a prever, expressamente, a noção de unidade comercial e de contrato de crédito ligado³⁶⁹.

Essa diretiva foi, igualmente, incorporada pelo ordenamento jurídico português, em 2009, com a promulgação do Decreto-Lei n.º 133/2009, que, em seu art. 18.º trouxe, também, de maneira expressa, a questão da *coligação* do contrato de crédito, bem como a possibilidade de arguição da exceção do contrato não cumprido³⁷⁰.

Nesse sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão da lavra do eminente relator Tomé Ramião, já se pronunciou, consignando que “O atual regime jurídico do contrato de crédito ao consumo (aprovado pelo Dec. Lei n.º 133/2009, de 2 de junho), utilizando a designação no seu art. 18.º, sob a epígrafe “Contrato de crédito coligado”, estabelece no seu n.º1 que a “invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito coligado repercute-se, na mesma

³⁶⁹ Artigo 3.º da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu do Conselho de 23 de abril de 2008

n) «Contrato de crédito ligado»: um contrato de crédito nos termos do qual:

i) o crédito em questão serve exclusivamente para financiar um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de um serviço específico e

ii) estes dois contratos constituem uma unidade comercial de um ponto de vista objectivo; considera-se que existe uma unidade comercial quando o crédito ao consumidor for financiado pelo próprio fornecedor ou prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiros, quando o mutuante recorrer aos serviços do fornecedor ou prestador de serviços para preparar ou celebrar o contrato de crédito ou caso os bens específicos ou a prestação de um serviço específico estejam expressamente previstos no contrato de crédito.

Artigo 15.º Contratos de crédito ligados 1. Caso tenha exercido um direito de retractação com base na legislação comunitária referente a um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, o consumidor deixa de estar vinculado por um contrato de crédito ligado. 2. Caso os bens ou serviços abrangidos por um contrato de crédito ligado não sejam fornecidos ou prestados, ou apenas o sejam parcialmente, ou não estejam em conformidade com o respectivo contrato, o consumidor tem o direito de interpelar o mutuante se tiver interpelado o fornecedor mas não tiver obtido a reparação que lhe é devida nos termos da lei ou do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços. Os Estados-Membros determinam em que medida e em que condições pode ser exercido este direito. 3. O presente artigo não prejudica a aplicação de eventuais regras nacionais que tornem um mutuante solidariamente responsável por toda e qualquer reclamação que o consumidor possa ter contra o fornecedor, caso a compra de bens ou serviços ao fornecedor tenha sido financiada por um contrato de crédito.

³⁷⁰ Artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 133/2009 de Portugal

Contrato de crédito coligado

1 - A invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito coligado repercute-se, na mesma medida, no contrato de compra e venda.

2 - A invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, na mesma medida, no contrato de crédito coligado.

3 - No caso de incumprimento ou de desconformidade no cumprimento de contrato de compra e venda ou de prestação de serviços coligado com contrato de crédito, o consumidor que, após interpelação do vendedor, não tenha obtido deste a satisfação do seu direito ao exacto cumprimento do contrato, pode interpelar o credor para exercer qualquer uma das seguintes pretensões:

a) A excepção de não cumprimento do contrato;

b) A redução do montante do crédito em montante igual ao da redução do preço;

c) A resolução do contrato de crédito.

medida, no contrato de compra e venda”, assim como “A invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, na mesma medida, no contrato de crédito coligado” (n.º 2)³⁷¹. Concluindo-se, assim, pela aceitação da oposição da exceção do contrato não cumprido no âmbito da coligação contratual, resta-nos analisar a possibilidade da sua aplicação na hipótese de uma das partes ser uma concessionária de serviço público.

CAPÍTULO IV:

4. A exceção do contrato não cumprido no âmbito da coligação contratual envolvendo concessionária de serviço público

Uma vez superada a questão quanto à possibilidade da *exceptio* ser invocada no âmbito da união de contratos regidos por normas de direito privado, façamos, a seguir, breves considerações acerca dos contratos administrativos e o surgimento do instituto da concessão, distinguindo-o dos demais contratos de natureza eminente privada, a fim de viabilizar a análise acerca da possibilidade da aplicação da *exceptio* no âmbito de relações contratuais coligadas envolvendo concessionárias de serviço público.

4.1. Noções gerais sobre os contratos administrativos

O contrato administrativo caracteriza-se por ser dotado por um regime específico, em que o contratante público possui um conjunto de poderes de autoridade, exercíveis por ato administrativo, destinados a assegurar a permanente adequação da relação contratual com o interesse público que justificou a sua constituição³⁷². Trata-se, assim, de uma figura dogmática autônoma, submetida à jurisdição autônoma, que se diferencia dos contratos de direito privado celebrados pela Administração.

Marcelo Rabelo de Sousa define os contratos administrativos como sendo aqueles em que é possível verificar a existência de interesses públicos perseguidos pela Administração, bem como a prevalência deste sobre os interesses privados existentes na relação jurídica³⁷³.

³⁷¹ RAMIÃO, Tomé relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com número 611/09.9TVLSB.L1-6, 09 de outubro de 2014 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/41a63aec4220431580257d9d003d6638?OpenDocument>

³⁷² KIRKBY, Mark Bobela-Mota – **Op. Cit.**, p. 760.

³⁷³ SOUSA, Marcelo Rebelo de – **O concurso público na formação do contrato administrativo**, p. 12.

Para Freitas do Amaral, a qualificação de um contrato como sendo administrativo está relacionada à existência de um fim de utilidade pública. Ou seja, o contrato é administrativo se persegue o funcionamento de serviços públicos, o exercício de atividades públicas, ao provimento de agentes públicos ou demandasse a utilização de fundos públicos ou um fim de utilidade pública. Nas palavras do autor, a relação jurídica administrativa é "toda a relação entre sujeitos de direito, públicos ou privados, que atuem no exercício de poderes ou deveres públicos, conferidos por normas de direito administrativo"³⁷⁴.

E, ainda, de acordo com Vieira de Andrade, a relação jurídica administrativa é uma relação de direito público, na qual "um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular" atua "no exercício de um poder público ou de um dever público, conferido ou imposto com vista à realização de um interesse público legalmente definido"³⁷⁵.

Sérvulo Correia, todavia, defende que o contrato administrativo é definido como sendo "um contrato que constitui um processo próprio de agir da Administração Pública e que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do direito administrativo, entre pessoas coletivas da Administração ou entre a Administração e os particulares"³⁷⁶.

De acordo com o referido autor, é necessário verificar no contrato a existência de marcas concretas de administratividade (cláusulas exorbitantes). Na hipótese, todavia, do contrato parecer neutro, deve-se presumir que o mesmo é de direito administrativo, salvo disposição contrária.

Essa definição torna-se relevante nos ordenamentos jurídicos que adotam o regime dualista dos contratos da Administração Pública, como é o caso de Portugal (vide art. 200.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo). Isto é, a Administração pode celebrar (i) contratos no exercício da sua capacidade jurídica de direito privado – neste caso, o regime aplicável será o de direito comum e, portanto, sem poderes públicos de autoridade; (ii) contratos sujeitos ao regime de direito administrativo, os quais reservam à Administração um conjunto de prerrogativas de autoridade³⁷⁷.

De fato, a qualificação de um contrato como administrativo possui consequências diversas, tais como: jurisdição distinta (administrativa); regime do procedimento pré-contratual que influencia o seu regime material (especialmente o regime de validade); regime de validade

³⁷⁴ AMARAL, Diego Freitas do – **Curso de Direito Administrativo**. p. 167/168 e 519.

³⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **A Justiça Administrativa**. p. 55/56

³⁷⁶ KIRKBY, Mark Bobela-Mota – **Op. Cit.** p. 766/767.

³⁷⁷ Idem– **Op. Cit.** p. 764.

distinto; sujeição a normas distintas de eficácia do contrato, modificações objetivas, modificações subjetivas, extinção e incumprimento do contrato³⁷⁸.

Em Portugal, entre 1936 e 1984, o art. 815.º, § 2.º do Código Administrativo elencava um rol taxativo dos contratos administrativos, afastando, assim, qualquer discussão acerca de quais contratos celebrados pela Administração seriam administrativos³⁷⁹.

Já o Código do Procedimento Administrativo de 1991 (Decreto-Lei n.º 442/91) passou a definir, em seu art. 178.º, n.º 1, os contratos administrativos a partir de uma cláusula aberta, segundo a qual estes representariam o acordo de vontades através da qual “é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”. Criou-se, assim, verdadeiro problema para qualificação (privados ou administrativos) dos contratos celebrados pela Administração, por se tratar de um conceito aberto.

Com o novo Código do Procedimento Administrativo (DL n.º 4/2015), a definição legal do conceito de contrato administrativo passou a ficar a cargo do Código dos Contratos Públicos; legislação especial; ou da natureza da relação estabelecida. Isso porque o art. 200.º, n.º 2 do referido diploma legal passou a prever que são contratos administrativos os que assim são “classificados no Código dos Contratos Públicos ou em legislação especial”. E o n.º 3 do referido dispositivo legal dispõe que “os órgãos da Administração Pública podem celebrar quaisquer contratos administrativos” a não ser que a lei ou a natureza da relação estabelecida determine o contrário.

De acordo com o art. 280.º do Código de Contratos Públicos português³⁸⁰ (cuja redação foi introduzida já pelo CCP de 2008, em seu art. 6.º e mantida pelas alterações de 2017), os contratos administrativos consistem no acordo de vontades, em que pelo menos uma das partes seja um contraente público (isto é, um dos contratantes precisa ter capacidade de direito público), independentemente da sua forma ou designação, e que se enquadre em uma das quatro categoriais mencionadas na referido dispositivo. Confira-se:

(...) acordo de vontades, independentemente da sua forma ou designação, em que pelo menos uma das partes seja um contraente público e que se integre em qualquer uma das seguintes categorias: a) Contratos que, por força do presente Código, da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público; b) Contratos com objeto

³⁷⁸ Idem— **Op. Cit.** p. 772.

³⁷⁹ Idem— **Op. Cit.** p. 762.

³⁸⁰ Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111- B/2017, de 31 de agosto (retificado pelas declarações de retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e n.º 42/2017, de 30 de novembro).

passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos; c) Contratos que confirmam ao cocontratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público; d) Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do cocontratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111- B/2017, de 31 de agosto [retificado pelas declarações de retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e n.º 42/2017, de 30 de novembro]).

De acordo com as lições de Mário Almeida, referidas categorias de contratos administrativos podem ser sintetizadas em três grandes grupos³⁸¹:

- Primeiro grupo – em razão da sua natureza: os contratos administrativos que são submetidos a um regime de Direito Administrativo em razão da natureza pública do seu objeto ou do seu fim. Estão neles incluídos as alíneas b), c) e d).
- Segundo grupo – em razão da lei: os contratos administrativos assim entendidos por determinação legal. É o caso, portanto, da alínea a). Neste grupo, pode-se citar os contratos administrativos típicos previstos no Título II da Parte III do CCP; assim como os demais contratos administrativos típicos ou nominados previstos em legislação avulsa.
- Terceiro grupo – por vontade das partes: corresponde aos contratos administrativos por qualificação das partes. Tratam-se dos contratos administrativos atípicos que poderiam ser contratos de direito privado, mas são contratos administrativos por vontade das partes. Ou seja, são os contratos qualificados como administrativos porque a lei aceita que as próprias partes, desde que uma delas seja contratante público, os qualifiquem como administrativos ou os submetam a um regime substantivo de direito público. Nesta categoria, insere-se a alínea a).

Passemos à análise de cada uma delas, de acordo com as suas categorias dispostas nas alíneas do art. 280.º do CCP:

³⁸¹ ALMEIDA, Mário Aroso de – **Manual de processo administrativo**. p. 163.

a) Contratos que, por força do presente Código, da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público

De acordo com essa alínea, são administrativos aqueles contratos qualificados como tal pela lei; pela vontade das partes; ou submetidos a um regime substantivo de direito público.

São, por exemplo, os contratos regulados na Parte III, Título II (Contratos administrativos em especial), do Código dos Contratos Públicos (e isso já havia sido feito no CCP/2008). Note-se que esses contratos que, anteriormente, eram considerados como contratos submetidos a um regime de direito privado, passaram a ser considerados como contratos administrativos.

A doutrina muito critica a solução adotada pelo Código, na medida em que, com essa definição inúmeros contratos que materialmente são privados – por corresponderem a atos da gestão privada da Administração (p. ex. contratos de locação de bens móveis e de aquisição de serviços) –, agora, simplesmente em razão do comando legal, passam a ser submetidos ao regime administrativo, sem que houvesse qualquer justificativa plausível para tanto³⁸², o que, como visto, implica dizer que o contratante público goza de uma série de poderes de autoridade e exorbitantes, que lhe são conferidos pelos arts. 302 do CCP e seguintes, independentemente de estarem previstos no contrato.

b) Contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos;

O Código dos Contratos Públicos, nessa alínea, estabelece que, determinados contratos, em razão da sua natureza, são administrativos. Isso porque, possuem como objeto o exercício de poderes administrativos de autoridade por meio de um ato administrativo.

Considerando que esses contratos envolvem o exercício de poderes administrativos de autoridade – a Administração figura como autoridade pública no contrato e o cocontratante particular no papel de administrado e não de fornecedor –, não podem ser considerados como contratos regidos pelo regime de direito privado³⁸³.

³⁸² KIRKBY, Mark Bobela-Mota – **Op. Cit.** p. 795.

³⁸³ Idem – **Op. Cit.** p. 796.

c) Contratos que confiram ao cocontratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público;

Trata-se de mais uma categoria de contratos administrativos em razão da natureza do seu objeto (natureza pública). Essa alínea dificilmente é aplicada na prática, em razão da abrangência das outras alíneas: os contratos de concessões de obras públicas; de serviços públicos; de exploração de bens de domínio público; a generalidade dos contratos que envolvem a delegação de atribuições e competências do contratante público ou respectivos órgãos em entidades privadas; são considerados contratos administrativos ou por força da alínea “a” (por força de lei) ou pela alínea “b” (contratos que envolvem o exercício de poderes públicos, com atribuição de direitos especiais sobre coisas públicas ou do exercício de funções públicas, concretizável através da prática de um ato administrativo, como p. ex., contratos de concessão próprio *sensu* ou contratos de concessão de uso privado do domínio público). E, ainda, são considerados contratos administrativos por força da alínea “d”, por condicionarem ou substituírem de forma relevante a realização das atribuições do contratante público³⁸⁴.

Como se vê, na prática é pouca aplicação essa qualificação, sendo a sua maior relevância, de acordo com Mário Almeida³⁸⁵, de dar “expressão a uma categoria de contratos administrativos por natureza, em razão da natureza pública do seu objecto”.

d) Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do cocontratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público”.

Essa alínea, como visto acima, estabelece que será contrato administrativo aquele que condicionar ou substituir de forma relevante a realização das atribuições do contratante público. Esse critério procura afastar o risco de se interpretar o CCP, no sentido de que o regime de qualificação dos contratos administrativos seria taxativo, restrito às hipóteses de (i) por força da lei; (ii) vontade das partes; (iii) ou pela natureza do contato. Previu-se, assim, um critério que permitiria uma margem de qualificação dos contratos que, em função do seu objetivo, sejam instrumentos de realização da atividade administrativa de gestão pública.

³⁸⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 798.

³⁸⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de – **O problema do contrato Administrativo: no quadro normativo decorrente do código dos contratos públicos revisto.** p. 9/10

Trata-se, em outras palavras, de um instrumento de salvaguarda da validade de contratos atípicos, não previstos pelo legislador, que, essencialmente, sejam de direito administrativo e como tal devem ser tratados.

Vale observar que, segundo as lições de Marcelo de Sousa e André Salgado, apesar do carácter aparentemente revolucionário, o art. 1.º, n.º 6 CCP de 1991, reproduzido no art. 280.º do CCP de 2017, não inovou quanto à definição e à identificação dos contratos administrativos, pois, segundo os autores, a noção de contratos administrativos continuou sendo a mesma do antigo art. 178.º, n.º 1 CPA³⁸⁶.

Em suma e, especificamente para o fim a que se pretende com essa investigação, interessa-nos saber que a relação jurídica administrativa é aquela regulada pelo Direito Administrativo, que estabelece uma série de direitos e deveres recíprocos entre Administração Pública (qualquer pessoa de direito público ou mesmo particular investido de direito público) e qualquer outra pessoa – seja ela de direito público ou privado. Em outras palavras, trata-se de uma relação jurídica entabulada entre, no mínimo, duas pessoas, sendo uma delas sempre a Administração Pública, em que atuem no exercício de poderes ou deveres públicos, conferidos por normas de direito administrativo e com vistas à realização de um interesse público legalmente definido.

E nessa relação, tem-se que uma das partes – a Administração Pública –, ocupa uma posição de supremacia em relação à outra parte e pode exercer poderes de autoridade, em decorrência do interesse público envolvido. Por essa razão, é que a outra parte está sujeita a um conjunto de deveres e limitações especiais, como, por exemplo, o dever de manter contínua e regularmente a prestação do serviço de interesse público.

De outro lado, a Administração Pública detém uma série de poderes exorbitantes, tais como aqueles listados no art. 302.º Código dos Contratos Públicos, são eles: “a) Dirigir o modo de execução das prestações; b) Fiscalizar o modo de execução do contrato; c) Modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código; d) Aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; e) Resolver unilateralmente o contrato; f) Ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro”.

Por fim, vale registrar que o direito brasileiro, na mesma linha, também adotou o entendimento doutrinário de que os contratos administrativos, isto é, aqueles em que a

³⁸⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Contratos Públicos: Direito Administrativo Geral**.p. 38.

Administração Pública figure como parte, estariam submetidos a um regime jurídico próprio, único e verticalizado em favor do Poder Público (que possuiria prerrogativas)³⁸⁷. Assim, da mesma forma, o ajuste firmado entre a Administração Pública e o particular, agindo na qualidade de poder público, é regido predominante pelo regime de direito público. Suas cláusulas conferem ao Poder Público prerrogativas de autoexecução unilateral, que garantem, ao fim, o serviço público prestado à população.

4.2. Contratos de concessão de serviço público

4.2.1. Breve histórico

Na primeira metade do século XX, assistiu-se a uma atuação estatal mais presente e direta na vida econômica e social das pessoas. O Estado, que antes era mínimo, passou a atuar nas mais diversas áreas da vida em sociedade de maneira direta: economia, cultura, previdência, prestação de serviços essenciais etc. Rompia-se a antiga visão de que o Estado poderia ser um potencial agressor dos direitos subjetivos dos cidadãos, para uma visão de que o Estado era considerando como um “instrumento de realização das mais variadas tarefas do Estado Social emergente”³⁸⁸.

Em meados dos anos 80 e 90 do século XX, houve, contudo, uma nova mudança de paradigmas, com a reestruturação da Administração Pública e a mudança do modelo de Estado. O Estado, intervencionista, que antes atuava diretamente em todos os setores da vida social, e que nas palavras de Rogério Soares possuía “uma ideia de justiça social”³⁸⁹, deixou de fazê-lo, passando a atuar como agente Regulador.

Em Portugal, apesar das nacionalizações ocorridas depois de 1974, com as mudanças políticas após o período revolucionário e a entrada de Portugal na Comunidade Econômica Europeia, procedeu-se à uma gradual (re)privatização da maioria das empresas públicas³⁹⁰. Houve um claro recuo do Estado, sobretudo no domínio de fornecimento de serviços públicos econômico-lucrativos (isso não significava, por óbvio, que o Estado Social deixava de existir)³⁹¹.

³⁸⁷ FREITAS, Rafael Vêras de – Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. **Revista Interesse Público – IP**. p. 221.

³⁸⁸ GOUVEIA, Rodrigo – **Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral**. p. 29 e ss e 40 e ss.

³⁸⁹ SOARES, Rogério – O princípio da legalidade e a Administração Constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. p. 176.

³⁹⁰ GOUVEIA, Rodrigo – **Os Serviços de Interesse Geral em Portugal**. p. 11.

³⁹¹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In MOREIRA, Vital – **Estudos de regulação pública**. p. 180 e ss.

GONÇALVES, Pedro – **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. p. 30

Houve, assim, o surgimento do Estado Regulador, com a liberalização, privatização das empresas públicas e desintervenção estatal. Deixava-se o antigo modelo de Estado de serviço público, em que o Estado detinha o encargo de prestar os serviços públicos essenciais, para um modelo em que o Estado atuava como disciplinador ou regulador do modo como os agentes do mercado prestavam os serviços públicos. Surgiam, então, institutos jurídicos reguladores da atuação de organizações privadas nessa área, sob a regulação e disciplina da Administração Pública³⁹².

A noção de que os serviços públicos não tinham necessariamente que integrar a atividade administrativa, mas que deveriam ser disponibilizados de maneira tal que fosse possível satisfazer as necessidades básicas do cidadão, fez surgir a ideia de que podem ser executados pelo Estado por meio de entidades públicas ou privadas, as chamadas concessionárias de serviço público³⁹³.

Se antes havia uma clara dicotomia entre as atividades que eram exercidas diretamente pela Administração Pública daquelas exercidas pelos particulares no âmbito privado, passou a existir a possibilidade de os particulares também atuarem no campo das atividades públicas por meio da delegação ou concessão pela Administração Pública³⁹⁴.

Com as concessões, o Estado mantinha a titularidade da prestação do serviço, sem a necessidade de desenvolvê-la diretamente. Assim, não era mais necessário que o Estado aportasse recursos públicos para o seu desenvolvimento, tampouco assumisse os riscos inerentes ao negócio. Isso porque, com os contratos de concessão, os particulares executavam o serviço em nome próprio e por sua conta e risco, submetendo-se, todavia, à normas especiais, regulação e fiscalização por parte da Administração Pública, que poderia, inclusive, intervir na sua atividade, dependendo do caso³⁹⁵. Surgia, então, a noção dos contratos de concessão.

4.2.2. Conceito

O contrato de concessão de serviço público, por ser definido como a convenção por meio qual uma pessoa coletiva de direito público (o concedente) encarrega uma empresa

³⁹² ANJOS, Joana Catarina Neto dos – **Op. Cit.**, p. 14.

³⁹³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Serviços Públicos, Contratos Privados. In RAMOS, Rui Manuel de Moura [et al.]. **Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. p. 121.

CARDOSO, Elionora – **Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português**. p. 51.

³⁹⁴ ANJOS, Joana Catarina Neto dos – **Op. Cit.** p. 14.

³⁹⁵ FILHO, José Soares – **Op. Cit.** p. 115.

privada ou pública (a concessionária) de prestar um determinado serviço público por sua conta e risco, sendo remunerado através do preço cobrado aos utentes³⁹⁶.

Os serviços de fornecimento de água; energia eléctrica; gás natural ; gases de petróleo liquefeitos canalizados; comunicações electrónicas; postais; recolha e tratamento de águas residuais; gestão de resíduos sólidos urbanos; e transporte de passageiros, são exemplos de serviços públicos essenciais, elencados no art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que podem ser objeto de concessão por parte do Estado.

O Estado, de forma alguma, renuncia à sua responsabilidade em relação a esses serviços. Apenas que, os mesmos passam a ser executados segundo a lógica do mercado, por organizações privadas, mas sempre sob a disciplina, regulação e fiscalização do Estado. A propriedade do serviço permanece pública³⁹⁷.

O contrato de prestação de serviço público surge como um “meio de realização das tarefas públicas”³⁹⁸. De acordo com as lições de Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins, ao celebrar o contrato de concessão, o concessionário adquire um novo direito na sua esfera jurídica, que, antes, se encontrava na esfera jurídica do concedente (e não de um direito criado a partir do nada). Esse novo direito refere-se ao direito de gestão do serviço público, incluindo os correspondentes poderes necessários e inerentes ao seu desenvolvimento. Fica, todavia, a titularidade do serviço com o Poder Público, que, como visto, detém os poderes de controle e fiscalização do concessionário³⁹⁹.

A concessão administrativa , segundo as lições de Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins, é definida como “o ato ou negócio jurídico (ato ou contrato administrativo) através do qual uma entidade pública transfere para outra entidade o direito à exploração de atividades públicas ou procede à criação, na esfera jurídica de outra entidade, de direitos relativos à utilização de bens públicos”⁴⁰⁰.

No ordenamento jurídico português, o contrato de concessão de serviço público vem definido no art. 407.º, n.ºs 2 e 3 do Código dos Contratos Públicos⁴⁰¹, que dispõe que considera-se concessão de serviços públicos o contrato, em que são partes o cedente e o cessionário, “pelo qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma

³⁹⁶ ANJOS, Joana Catarina Neto dos – **Op. Cit.** p. 17/18.

³⁹⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 18.

³⁹⁸ ESTORNINHO, Maria João – Concessão de Serviços Públicos – Que Futuro?. **Direito e Justiça**. p. 21.

³⁹⁹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. *In* MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 248.

⁴⁰⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 226.

⁴⁰¹ Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111- B/2017, de 31 de agosto (retificado pelas declarações de retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e n.º 42/2017, de 30 de novembro)

atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público”.

Quanto à natureza jurídica do contrato de concessão de serviço público, Pedro Gonçalves a define a como sendo um “acto jurídico de direito público (não de direito privado), em princípio, de natureza contratual (não unilateral), cujas cláusulas têm uma eficácia parcial ou também regulamentar”⁴⁰². Como se vê, segundo as lições do autor, a concessão é muito mais do que um mero contrato, sendo um ato por meio do qual a Administração Pública atua de maneira típica e exclusiva. Portanto, ao contrato de concessão não se aplicam apenas as normas previstas em suas cláusulas contratuais, mas também normas gerais e regulamentares (por exemplo, no âmbito da gestão, funcionamento e organização do serviço), que asseguram ao utente a adequada prestação do serviço público pelo concessionário.

O concessionário, portanto, não possui, apenas, deveres contratuais junto à Administração Pública, mas também possui deveres regulamentares junto aos utentes (apesar de não serem integrantes do contrato de concessão), que são os beneficiários e destinatários finais dos serviços prestados.

Por fim, vale abrir um parêntese, aqui, para diferenciar-se os conceitos de concessão de serviço público do de autorização: no primeiro caso, trata-se de um ato jurídico que faculta ao particular o exercício de uma atividade pública, ao passo que no segundo, trata-se de um ato jurídico que permite ao particular o exercício de uma atividade privada⁴⁰³.

4.2.3. Elementos do contrato de concessão

São elementos essenciais do contrato de concessão: a) sujeito; b) objeto; c) remuneração; d) transferência de risco.

No caso do primeiro (*sujeito*) a relação de concessão se estabelece entre dois sujeitos (concedentes e o concessionário), sendo que um deles (cedente), necessariamente deve ser uma pessoa coletiva pública, titular de um serviço público, que detém a poder/dever de regular, organizar, gerir e fiscalizar a respectiva prestação do serviço público pela outra parte⁴⁰⁴.

Note-se que o cedente não precisa ser, obrigatoriamente, uma pessoa coletiva de Direito Público, podendo ser uma pessoa coletiva de Direito Privado (como ocorre no caso do setor

⁴⁰² GONÇALVES, Pedro – **A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória**. p. 193.

⁴⁰³ GONÇALVES, Pedro – Controlo público prévio de actividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa. In YSERN, Enrique Rivero; SÁNCHEZ, María Dolores Calvo – **Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios**. Salamanca. p. 87

⁴⁰⁴ GONÇALVES, Pedro – **A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória**. p. 131.

portuário). Da mesma forma, o concessionário que, em regra é uma pessoa coletiva de Direito Privado, com capital privado, pode, igualmente, ser uma pessoa coletiva de Direito Público.

Por fim, apesar de não integrar o contrato de concessão – e não serem partes efetivamente –, os utentes têm direito ao cumprimento dos deveres da concessionária.

Quanto ao *objeto* do contrato de concessão, deve ser destinado à gestão e prestação de um serviço público, de cunho económico, social ou cultural, que atenda às necessidades coletivas dos indivíduos⁴⁰⁵. Objetiva-se, portanto, satisfazer às necessidades básicas dos cidadãos.

Em relação à *remuneração*, é devida pelo utente e o preço que este pagará à concessionária de serviço público será uma prestação pecuniária como contraprestação ao serviço público prestado, como numa relação de compra e venda de direito privado⁴⁰⁶.

Observe-se que a relação jurídica entre concessionária e utente é de direito privado, razão pela qual nos contratos de concessão para prestação de serviços públicos a contraprestação devida pelo utente é o pagamento de *preço* e não o de uma *taxa* (nesse sentido, veja art. 10.º, n.º 1 do DL 23/96).

Vale notar, ainda, que, apesar dessa remuneração não ser considerada taxa e sim preço, o mesmo não necessariamente será formado segundo as regras de mercado. No âmbito das concessionárias de serviço público o preço é determinado segundo critérios pré-estabelecidos pela Administração Pública, constantes do contrato de concessão ou de regulamento próprio. O preço pode, também, ser fixado por convenção administrativa multilateral ou pela entidade reguladora⁴⁰⁷.

Em outras palavras, a possibilidade de regulação dos preços é, indubitavelmente, um dos mais importantes mecanismos de regulação por parte da Administração Pública⁴⁰⁸. Apenas a título exemplificativo, no caso da concessão para fornecimento de água, cabe à Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) a fixação dos preços. No caso do setor ferroviário, essa regulação é feita pela Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT). No setor de energia elétrica essa tarefa cabe à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).

Observe-se, ainda, que, em razão do princípio da universalidade ou acessibilidade do serviço público, segundo o qual o acesso aos serviços de interesse geral deve se dar a um preço

⁴⁰⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 36/37.

⁴⁰⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 319/320.

⁴⁰⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 320/321.

⁴⁰⁸ GOUVEIA, Rodrigo – **Os Serviços de Interesse Geral em Portugal**. p. 43.

acessível (de maneira que não haja a exclusão de cidadãos), o Poder concedente pode, por vezes, obrigar o cessionário a praticar “preços sociais” e “políticos”. Neste caso, o concedente efetua o pagamento concomitante de prestações ao concessionário, de maneira a compensar a diferença do preço devida em razão da política social adotada⁴⁰⁹.

Em Portugal essa prática foi positivada no art. 407.º, n.º 2, do CCP, que prevê que o concessionário será “remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão *ou, diretamente, pelo contraente público*”. É possível, portanto, que o concessionário seja remunerado exclusivamente pelos utentes ou tanto por estes quanto pelo concedente (combinação de ambas as modalidades).

Por fim, quanto ao elemento *transferência de risco*, o contrato de concessão o transfere inteiramente ao particular. Como notório, todo negócio envolve riscos para as partes, que podem representar na obtenção ou não dos resultados pretendidos ou, até mesmo, em perdas parciais ou totais do capital investido. No contrato de concessão esse risco é exclusivamente do concessionário.

No ordenamento jurídico português, esse conceito de transferência de risco, além de previsto no art. 407.º, n.º 2, do CCP, encontra previsão no art. 413.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, que assim prevê: “O contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência para o concessionário do risco de exploração dessas obras ou serviços, que se traduz no risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos”.

Importante destacar, por fim, que essa partilha de riscos não precisa ser global, podendo ser de parte significativa, de acordo com as características do projeto. Nesse sentido, afirma Pedro Melo, “a distribuição dos riscos entre concedente e concessionário deve ser efetuada de forma judiciosa e orientada por um critério funcional: a capacidade de gestão de riscos de cada uma das partes”⁴¹⁰.

4.2.4. Princípios atinentes à exploração do serviço público

A prestação do serviço público é regida por uma série de princípios que objetivam a satisfação dos interesses públicos, já que é tarefa do Estado prover à satisfação de necessidades essenciais e contribuir para o bem estar e a qualidade de vida de todos.

⁴⁰⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 27/28

CAETANO, Marcello – **Manual de Direito Administrativo**. 1126/1127

SILVA, Jorge Andrade da – **Código dos Contratos Públicos: Anotado e Comentado**. p. 971.

⁴¹⁰ MELO, Pedro – **A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas**. p. 179.

Ao tratarem do assunto, Fernando Dias Simões e Mariana Pinheiro Almeida elencam os princípios da universalidade, igualdade, continuidade, adaptabilidade, qualidade, segurança e transparência⁴¹¹. Na mesma linha, António Pinto Monteiro, cita os princípios da universalidade, igualdade, continuidade e bom funcionamento⁴¹².

Em Portugal, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho instituiu mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais. Da exposição de motivos da referida Lei, constante da Proposta de Lei n.º 20/VII, aprovada em Conselho de Ministros de 28 de março de 1996 e publicada no DR II Série, n.º 33, de 4 de Abril de 1996, refere-se aos princípios da universalidade, igualdade, continuidade, imparcialidade, adaptação às necessidades e bom funcionamento⁴¹³.

O Código dos Contratos Públicos, por sua vez, em seu art. 429.º, estabelece os princípios gerais atinentes à concessão de serviços público, dispondo em seu n.º 1 que: “Na exploração de uma atividade de serviço público, o concessionário está sujeito aos seguintes princípios: a) Continuidade e regularidade; b) Igualdade; c) Adaptação às necessidades”.

Ainda, segundo Calvão Da Silva “Os serviços de interesse geral têm de ser prestados de forma contínua (princípio da continuidade), com níveis adequados de qualidade e segurança (princípio da qualidade do serviço), garantindo-se o mais possível, a participação e informação dos utentes (princípio da participação e transparência)”⁴¹⁴.

O princípio da *universalidade* exige que os serviços públicos sejam prestados a todos os cidadãos⁴¹⁵. Esse princípio possui três vertentes: acesso físico; econômico e geográfico. A primeira vertente consiste na necessidade de se conferir acesso ao utente independentemente das suas características físicas (como, p. ex., idade). A segunda vertente diz respeito à necessidade de se praticar preços razoáveis e acessíveis aos utentes, de maneira que estes não comprometam a sua capacidade de poder pagar por outros bens e serviços. Por fim, a terceira vertente refere-se à necessidade de se garantir ao utente acesso ao serviço, independentemente da região onde resida⁴¹⁶. De acordo com esse princípio, a concessionária prestadora de serviço não pode recusar a celebração do contrato.

⁴¹¹ SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro – **Op. Cit.** p. 72.

⁴¹² MONTEIRO, António Pinto – **Op. Cit.** p. 343.

⁴¹³ XAVIER, Fernanda relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo com número 033/04, de 03 de novembro de 2004 [Em linha]. [Consult. 06 out. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/9bf45c49e270540f80256f56004eccec?OpenDocument&ExpandSection=1>

⁴¹⁴ CALVÃO DA SILVA, João Nuno – **Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral**. p. 122/123.

⁴¹⁵ MOREIRA, Vital – Os Serviços Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. **Revista de Direito Público da Economia**. p. 228.

⁴¹⁶ FROTA, Mário – Os serviços de interesse geral e o princípio fundamental da proteção dos interesses económicos do consumidor. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. p. 115.

Já o princípio da *igualdade* determina a proibição de discriminação no tratamento entre utentes⁴¹⁷, em todas as fases do contrato: pré-contratual, durante a execução do contrato; e após a extinção da relação jurídica. Assim, proíbe-se negações de acesso discriminatórias, limitando-se, assim o princípio da liberdade contratual⁴¹⁸.

Não se exige uma igualdade absoluta, de maneira que, obviamente, admite-se o tratamento desigual entre desiguais. Esse princípio da igualdade fundamenta, inclusive, a criação de tarifas sociais, com vista à compensação das desigualdades sociais, económicas e culturais⁴¹⁹.

O princípio da *imparcialidade* determina a retribuição uniforme independentemente dos utentes⁴²⁰.

Já o princípio da *continuidade* exige que o serviço seja ininterrupto, salvo por motivo de força maior⁴²¹. Isso porque, considerando a natureza do serviço prestado e necessidade de atendimento às necessidades coletivas, este não pode ser prestado de forma incerta e imprevisível. O serviço, deve, portanto, ser prestado de maneira contínua, confiável e permanente⁴²².

Em outras palavras, “a continuidade dos serviços públicos deve ser assegurada em todas as circunstâncias. Por força dos interesses públicos que lhe cabe prosseguir, a actividade administrativa é por natureza contínua e ininterrupta”⁴²³. Decorre desse princípio a proibição de suspensão do serviço sem pré-aviso adequado (nesse sentido, veja art. 5.º, n.º 1 da Lei n.º 23/96).

O princípio da *adaptação às necessidades* (ou *adaptabilidade*) impõe o dever de ajustar o serviço público ao progresso técnico, tecnológico, às alterações socioeconómicas, considerando, sempre as necessidades dos utentes. Esse princípio permite que o Estado modifique unilateralmente o contrato de concessão, visando o interesse público⁴²⁴.

⁴¹⁷ MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 228.

⁴¹⁸ COSTA, António – O contrato de fornecimento de água. In MONTEIRO, António Pinto – **Estudos de Direito do Consumidor**. p. 343.

⁴¹⁹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 209.

GONÇALVES, Pedro – **A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória**. p. 317.

COSTA, Ricardo J. Amaral da – Os serviços públicos essenciais: perspectiva geral. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. p. 64.

⁴²⁰ MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 228.

⁴²¹ Idem – **Op. Cit.** p. 228.

⁴²² GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 210.

⁴²³ MATOS, Manuel relat. – Parecer do Conselho Consultivo da PGR com número PGRP00002698, 13 de março de 2007 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrip.nsf/0/055ead1657876b1e8025708c003cf606>

⁴²⁴ SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro – **Op. Cit.** p. 73.

O princípio do *bom funcionamento* exige a qualidade na prestação dos serviços públicos, isto é, adequação, eficiência e segurança⁴²⁵. Isso significa dizer que o prestador de serviço deve assegurar o cumprimento de indicadores de qualidade, atendendo, sempre, ao grau de satisfação do cliente; atender padrões de qualidade, de acordo com critérios estabelecidos no ordenamento jurídico e técnico⁴²⁶; atentar-se à segurança física do serviço prestado, através da prevenção e precaução; e, por fim, assegurar a eficiência do serviço, que se traduz na melhor relação entre quantidade e qualidade, com o menor gasto de recursos.

Por fim, o princípio da *transparência* surge associado ao dever de informação dos prestadores de serviço público. As concessionárias de serviço público devem assegurar que o utente seja informado de todos os procedimentos relativos à prestação do serviço; cobranças (tarifas e faturação); termos e condições do contrato; regulamentação; formas de resolução de conflitos; e tratamento de reclamações⁴²⁷. Esse princípio não deixa de ser uma manifestação do princípio geral da boa-fé.

Passemos, a seguir, à análise da natureza jurídica das relações estabelecidas entre concessionário de serviço público e o poder concedente.

4.2.5. Natureza Jurídica das relações entre concessionária e poder concedente

Por se tratar de um contrato administrativo, o contrato de concessão, como visto acima, possui um regime específico, em que o contratante público é dotado por um conjunto de poderes de autoridade, exercíveis por ato administrativo, destinados a assegurar a permanente adequação da relação contratual com o interesse público que justificou a sua constituição⁴²⁸. A relação entre concessionária de serviço público e poder concedente é regida por normas públicas de direito administrativo⁴²⁹.

Nessa linha, ao submeter a relação jurídica entre Estado e concessionária de serviço público ao regime de direito administrativo, o direito português atribuiu a ela maior relevância em relação às demais relações jurídicas eminentemente de direito privado. Com isso, atribui determinadas prerrogativas ao Estado e deveres, sujeições ou limitações especiais à concessionária, em razão do interesse público envolvido⁴³⁰.

⁴²⁵ MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 228.

⁴²⁶ SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro – **Op. Cit.** p. 73.

⁴²⁷ FROTA, Mário – **Op. Cit.** p. 119.

⁴²⁸ KIRKBY, Mark Bobela-Mota – **Op. Cit.** p. 760.

⁴²⁹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 261.

⁴³⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de – **Manual de Processo Administrativo.** p. 175.

O Poder concedente possui poderes tanto sobre o contrato, quanto sobre o concessionário. Esses poderes são fundados em uma relação de autoridade que o concedente tem sobre o concessionário e visam resguardar o princípio geral da prevalência do interesse público⁴³¹.

No direito português, o art. 302.º Código dos Contratos Públicos, por exemplo, estabelece poderes que a Administração Pública detém em relação ao concessionário, são eles: “a) Dirigir o modo de execução das prestações; b) Fiscalizar o modo de execução do contrato; c) Modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código; d) Aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; e) Resolver unilateralmente o contrato; f) Ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro”.

Note-se que o poder de *direção* (alínea “a”) não pode ser confundido com hierarquia. A concessionária possui ampla autonomia no exercício da atividade do serviço público. Assim, tem-se que o poder de direção objetiva permitir que o Poder Público possa fazer cumprir o estipulado na concessão, visando o interesse público. Não é preciso dizer, portanto, que o concedente não poderá criar novas regras que não foram previamente ajustadas entre as partes⁴³².

O poder de *fiscalização* (alínea “b”) está fundada no dever de garantia do Poder concedente – titular do serviço público –, de que o serviço seja prestado ao utente de maneira adequada. Ou seja, considerando que a Administração Pública transferiu ao concessionário a obrigação da prestação do serviço público, cabe a ela assegurar-se que o mesmo seja prestado de maneira contínua, regular, universal e com qualidade.

Como o cedente é o titular da prestação do serviço, a sua omissão quanto ao seu poder e dever de fiscalizar pode acarretar a sua responsabilidade civil. Assim, o concedente deverá fiscalizar o concessionário, exercendo um controle técnico, financeiro ou jurídico. No primeiro caso, deverá fiscalizar o cumprimento de deveres contratuais por parte do concessionário, averiguando os meios técnicos e humanos utilizados na prestação do serviço. No segundo (controle financeiro) deverá verificar a saúde financeira da concessionária (inclusive analisando seus relatórios de gestão). No terceiro caso, o concedente poderá praticar atos administrativos, como a aprovação de regulamentos elaborados pelo concessionário, a fim de viabilizar a prestação do serviço.

⁴³¹ MACHADO, Andreia – **Futuro dos Serviços Públicos: Relação entre a Concessão e a Regulação**. p. 40.

⁴³² Ibidem.

O poder sancionatório (alínea “d”) constitui um ato de autoridade por parte do concedente, aplicável em caso de o concessionário descumprir suas obrigações. Trata-se de uma garantia do interesse público e do cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.

O poder sancionatório, em regra, é exercido pelas entidades reguladoras que são independentes e compostas de profissionais técnicos na área, capazes de avaliar, com imparcialidade, a atuação do concessionário. Assim, uma vez verificada a violação ao contrato ou normas especiais aplicáveis, será cabível a sanção.

O poder de modificação unilateral do contrato (alínea “c”) justifica-se em razão do princípio de atualização do serviço público, isto é, em razão das constantes evoluções dos serviços públicos e necessidade de que os mesmos sejam disponibilizados à coletividade. Importante destacar, todavia, que o poder de modificação unilateral encontra limitações. Assim, o concedente não poderá modificar o contrato ao ponto de descaracterizar o seu objeto e sempre caberá ao concessionário a reposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando for o caso⁴³³.

Os poderes de *resolver unilateralmente* o contrato (línea “e”) ou de ordenar a *cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro* (alínea “f”), justificam-se, pelas mesmas razões que autorizam o Poder Público a aplicar sanções ao concessionário ou modificar o ajuste unilateralmente.

Por fim e de outro lado, vale registrar que são direitos do concessionário: a remuneração, reposição do equilíbrio econômico do contrato e o direito à exploração de atividades complementares e acessórias do serviço concedido⁴³⁴. A violação desses direitos, dentro do contexto da coligação de contratos, será melhor analisada por nós, mais adiante, como causa para a oposição da exceção do contrato não cumprido.

4.2.6. Natureza Jurídica das relações entre concessionário de serviço público e os utentes

O regime de concessão de serviço público, como anteriormente exposto, tem como uma das características a existência de uma relação trilateral, composta pelo concessionário, Poder

⁴³³ Idem— **Op. Cit.** p. 40/42 [Consult. 08 mar. 2020].

⁴³⁴ GONÇALVES, Pedro — **A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória.** p. 263-271.

concedente, e pelo utente, personagem este que não integra o contrato de concessão, mas que, em última análise, é o destinatário final e a razão de ser da concessão⁴³⁵.

No início do século XX, com o advento do Estado Social, uma das vertentes de pensamento da Escola de Bordeaux, passou a sustentar a ideia de que a relação entre concessionária e utentes seria de direito público, já que se identificava o serviço público com a atividade estatal. Haveria, assim, uma diferença na relação entre prestador de serviço e os utentes de serviços públicos dos consumidores de serviços privados⁴³⁶.

Posteriormente, passou-se a reconhecer a relação entre utente e concessionária de serviço público como sendo uma relação de direito privado. Os serviços administrativos, regulados pelo direito público, passaram a ser diferenciados dos serviços públicos, prestados por concessionárias, sob o regime de direito privado⁴³⁷.

Atualmente, no ordenamento jurídico português, tanto o entendimento doutrinário quanto jurisprudencial é no sentido de que a relação travada entre utente e concessionária de serviço público é de direito privado.

A doutrina qualifica os contratos de fornecimento a consumidores de serviços públicos essenciais como *contratos de consumo*, entendendo que “os actos geradores das obrigações de prestação de serviço e de pagamento pelo utente são, portanto, *contratos de direito privado*, que, no essencial, se regem pelo direito privado”⁴³⁸.

Nesse sentido, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa dos Consumidores), em seu art. 2.º, n.º 1, definiu consumidor como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. E, no n.º 2, referiu-se expressamente àqueles que sejam os destinatários finais dos serviços prestados pelas concessionárias de serviço público.

Como se vê, a Lei de Defesa dos Consumidores deixa claro que o regime aplicável à relação jurídica estabelecida entre concessionária de serviço público e consumidor (utente) é o de direito privado. E o carácter eminentemente privado desses contratos fica ainda mais evidente ao se analisar o rol ampliado de direitos protetivos estabelecidos em favor do consumidor de bens e serviços públicos, tais como o direito de arrependimento (art. 8.º, n.º 4) bem como o regime das cláusulas contratuais gerais (art. 9.º, n.º 3) previsto no DL 446/85, de 25 de Outubro.

⁴³⁵ ANJOS, Joana Catarina Neto dos **Op. Cit.** p. 21.

⁴³⁶ *Idem*— **Op. Cit.** p. 22.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de — **Op. Cit.** p. 124.

Na mesma linha, vale lembrar que a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (lei dos serviços essenciais), estabeleceu um regime de proteção específico aos consumidores de serviços como de água, gás, energia elétrica e telefone, em que não se verifica qualquer vestígio de prerrogativas ou poderes autoritários em favor do fornecedor, mas ao contrário, em seu art. 13.^{o439}, estabeleceu regras de proteção do consumidor (o que evidencia se tratar de relação jurídica alheia ao direito administrativo)⁴⁴⁰.

Em outras palavras, apesar dos contratos de concessão de serviços públicos serem regulados, essa regulação é de direito privado. Há uma proteção ao consumidor no contexto da relação de consumo de um serviço público essencial, no âmbito do direito privado.

A relação entre consumidor e fornecedor (concessionária de serviço público) não é regida pelo direito administrativo, tampouco objeto de intervenção pela Administração Pública ou por qualquer entidade pública, tratando-se, assim, de uma relação de direito privado.

Portanto, muito embora os serviços públicos sejam executados por concessionárias de serviço público, em decorrência de contratos regulados por esquemas próprios do direito administrativo, os contratos celebrados com os consumidores finais são contratos regidos, exclusivamente, por normas de direito privado⁴⁴¹. Até porque, apesar da finalidade pública, nenhum dos sujeitos que compõem a relação jurídica estabelecida tem natureza de entidade pública.

Nessa linha, segundo as lições de Carlos Ferreira de Almeida, a lei eliminou todos os vestígios de poderes autoritários da concessionária (fornecedor). No seu lugar, previu regras de proteção ao consumidor⁴⁴². Assim, desde que o consumidor não seja o próprio Estado, a relação jurídica estabelecida com a concessionária de serviço público é uma relação de consumo, isto é, de direito privado.

Observe-se: o usuário une-se à concessionária de prestação de serviço público, por meio de uma relação de direito privado. Todavia, tratando-se de um serviço de interesse público, como visto acima e próprio dos contratos de concessão, existe um arcabouço regulatório

⁴³⁹ Artigo 13.º da lei n.º 23/96, de 26 de Julho.

Carácter injuntivo dos direitos

1 - É nula qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes pela presente lei.

2 - A nulidade referida no número anterior apenas pode ser invocada pelo utente.

3 - O utente pode optar pela manutenção do contrato quando alguma das suas cláusulas seja nula.

⁴⁴⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de – **Op. Cit.** p. 122.

⁴⁴¹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil Português**. I Parte Geral, Tomo II, Coisas. p. 148/149.

⁴⁴² ALMEIDA, Carlos Ferreira de – **Op. Cit.** p. 122/123

aplicável, além da própria fiscalização e regime sancionatório por parte da Administração Pública, que, evidentemente, possuem aspectos de Direito Administrativo.

Daí porque, Ismael Fernando entende que estamos perante uma relação jurídica de carácter misto, em que, de um lado há claramente uma natureza pública (submissão à regulamentação pública do serviço), e de outro, há um contrato entre duas partes privadas que, como visto, tem natureza civil de direito privado⁴⁴³.

Em outras palavras, a relação entre um concessionário privado de serviços públicos e o usuário se rege pelo Direito Privado, sem prejuízo de caber ao Direito Administrativo tudo que for concernente à regulamentação do serviço⁴⁴⁴.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português, por sua vez, também é pacífica, ao reconhecer que o contrato estabelecido entre concessionária de serviço público de fornecimento de água e um particular possui natureza civil. Confira-se:

Quando um qualquer particular contrata com uma Câmara o fornecimento por esta, a ele, de água (electricidade, etc.), tal particular não está a associar-se à mesma Câmara, para que esta realize os seus fins administrativos ou de utilidade pública. O que ele pretende é que lhe seja fornecida água (electricidade, ou seja o que for) para ele consumir mediante o respectivo preço. Por outro lado, a Câmara que fornece a água a um particular (por contrato estabelecido) não age para realizar fins administrativos. De facto, age como qualquer empresa fornecedora de natureza particular. O que se estabelece entre Câmara e particular, é um contrato de fornecimento de natureza civil e sujeito, portanto, a lei civil. Quaisquer litígios que surjam no decurso de tal contrato terão pois de ser julgados nos tribunais civis, por força do disposto no art. 66º do CPC⁴⁴⁵.

Cumprir observar, ainda, que, no ordenamento jurídico português, sendo a relação entre concessionária e utente de direito privado, caberá aos tribunais judiciais a competência para dirimir eventuais conflitos entre essas partes. Nesse sentido, vale citar o sumário de acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em que restou consignado que: “A relação contratual

⁴⁴³ FARRANDO, Ismael – La relación jurídica del usuario com el concessionário de servicios públicos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. p. 9.

⁴⁴⁴ ANJOS, Joana Catarina Neto dos – **Op. Cit.** p. 35.

⁴⁴⁵ CALDAS, Carlos relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número JSTJ00021660, 10 de dezembro de 1992 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/baac84bea20dd7fc802568fc003a7d54?OpenDocument>

estabelecida entre uma concessionária de serviço de fornecimento de água e drenagem de águas residuais e uma entidade privada não tem a natureza de contrato administrativo, não está sujeita às regras da contratação pública nem tem por objecto questões relativas a relações jurídicas administrativas e fiscais (...)»⁴⁴⁶.

A questão foi objeto de recente alteração no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), em razão da Lei n.º 114/2019, de 12 de setembro, que passou a prever em seu art. 4.º, n.º 4, a exclusão da “apreciação de litígios emergentes das relações de consumo relativas à prestação de serviços públicos essenciais, incluindo a respetiva cobrança coerciva” pela jurisdição administrativa e fiscal.

4.2.7. Natureza das demais relações jurídicas subjacentes ao contrato de concessão de serviços públicos

Passemos, agora, à análise do regime jurídico das relações estabelecidas pelas concessionárias de serviço público com terceiros, notadamente com pessoas necessárias à viabilização da execução da atividade fim objeto da concessão, ou mesmo contratos de natureza acessórias, complementares ou associados a esta última.

Como exposto à exaustão, para que seja caracterizado como um contrato administrativo, é necessária a verificação da existência de interesses públicos perseguidos pela Administração, bem como a prevalência deste sobre os interesses privados existentes na relação jurídica⁴⁴⁷.

Segundo as lições de Luís Castro Alves Dias, o regime jurídico do subcontrato celebrado na dependência de um contrato de direito público (regido pelo direito administrativo), é de direito privado⁴⁴⁸.

Nesse sentido, o Código de Contratos Públicos português (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro) estabelece em seu art. 3.º, n.º 2 que, “São também contraentes públicos quaisquer entidades que, independentemente da sua natureza pública ou privada, celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas”.

Ou seja, além do Estado; Regiões Autónomas; autarquias locais; etc. (art. 2.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), podem ser considerados como contratantes públicos,

⁴⁴⁶ COELHO, Ana de Azeredo relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com número 124980/18.4YIPRT.L1-6, 10 de outubro de 2019 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4e2d54408644b01980258495004ab311?OpenDocument>

⁴⁴⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de – **O concurso público na formação do contrato administrativo**. p. 12.

⁴⁴⁸ ALVES DIAS, Luís Castro – **O exercício de poderes de autoridade por parte do contraente público no contexto do subcontrato**. p. 19.

capazes de celebrar contratos administrativos, desde que exercendo funções materialmente administrativas.

No caso do contrato entabulado pela concessionária de serviço público com terceiros (não consumidores), é evidente que o concessionário não está desempenhando funções materialmente administrativas nesse momento, mas tão somente visando os meios necessários à execução do serviço público a que se obrigou a prestar, o que atrai as normas de direito privado.

É a hipótese, por exemplo, do contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado pela concessionária de serviço público de transporte ferroviário (“Ferroviária”) e a empresa de fornecimento de energia elétrica (“Fornecedora de Energia”), com único e expresso intuito de que a segunda proveja energia elétrica necessária para desenvolvimento da atividade da primeira.

Ou seja, a concessionária de serviço público, nesse momento, não está investida de características de contraente público, elemento necessário para se qualificar o regime desse contrato como sendo de direito administrativo. A relação jurídica emergente desse contrato não é administrativa, mas sim de direito civil comum, isto é, direito privado.

No mesmo sentido, vale citar a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que já posicionou no sentido de que a subcontratação firmada por uma concessionária de serviço público não está sujeita ao regime de direito público e sim privado. Confira-se:

1. O pressuposto processual da competência material, fixado com referência à data da propositura da ação, deve ser aferido em função da pretensão deduzida, tanto na vertente objetiva, conglobando o pedido e a causa de pedir, como na vertente subjetiva, respeitante às partes, tomando-se por base a relação material controvertida tal como vem configurada pelo autor.

2. Nos termos do artigo 4.º do ETAF, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19-02, na redação dada pela Lei n.º 107-D/2003, de 31-12, e entretanto alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11-09 a delimitação da competência material entre os tribunais administrativos e os tribunais judiciais deixou de se estribar na distinção tradicional entre “atos de gestão pública” e “atos de gestão privada”, para passar a fazer-se com abstração da natureza das normas que materialmente regulam o contrato, bastando que “a lei preveja a possibilidade da sua submissão a um procedimento pré-contratual de direito público”.

3. Porém, no caso vertente, não se afigura que a subcontratação firmada entre a A. e as R.R. para a realização dos dois estudos arqueológicos revista uma conexão intrínseca com a natureza pública das

empreitadas de base, em termos de sujeição ao regime de direito público, seja em sede de procedimentos pré-contratuais, seja no plano da celebração do contrato.

4. Nos termos do art. 321.º do CPC, o âmbito da intervenção acessória provocada circunscreve-se à discussão das questões pertinentes à relação-jurídico material que serve de causa de pedir à ação em que foi suscitada a intervenção e que possam ter repercussão na eventual ação de regresso, não incidindo, portanto, sobre o próprio objeto desta ação de regresso.

5. Assim, a natureza da relação-jurídica objeto da ação de regresso não interfere com a competência material do tribunal para conhecer do objeto da ação em que foi suscitada a intervenção acessória⁴⁴⁹.

No direito brasileiro, a questão é regulada, expressamente, pelo art. 25.º e parágrafos da Lei nº 8.987/1995, que trata sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. O referido dispositivo legal estabelece que “a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”, dispondo que os contratos “celebrados entre a concessionária e os terceiros” estão sujeitos às normas de direito privado⁴⁵⁰.

4.2.8. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

No âmbito do direito dos contratos, a ideia de equilíbrio econômico-financeiro está associada à equivalência de prestações. O contrato de concessão busca uma igualdade entre as vantagens e obrigações que são atribuídas ao concessionário. Essas vantagens e obrigações, que consideram benefícios prováveis e perdas previsíveis, são tomadas para a composição da contrapartida (o preço), de maneira que haja uma equivalência entre prestação e

⁴⁴⁹ GOMES, TOMÉ relat. – Acórdão da 2ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 678/11.0TBABT.E1.S1, 22 de outubro de 2015 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9e357578a355faac80257ee60054c827?OpenDocument>

⁴⁵⁰ Art. 25 da Lei nº 8.987/1995 brasileira. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

contraprestação. Trata-se da equação financeira do contrato de concessão. Isso porque, a realização do interesse público pelo privado não deve ser feita com sacrifício de nenhuma das partes⁴⁵¹.

No Direito Público, a teoria da imprevisão e, portanto, a ideia da necessidade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é assegurada pelo Código dos Contratos Públicos, notadamente em seus arts. 282.º, 312.º e 314.º.

A aplicabilidade da teoria da imprevisão e recomposição do equilíbrio financeiro do contrato depende da verificação de alguns pressupostos, são eles: (i) fato imprevisível no momento da celebração do contrato e estranho à vontade das partes; (ii) onerosidade excessiva; (iii) possibilidade de cumprimento do contrato⁴⁵².

Considera-se fato imprevisível a circunstância que o agente, mesmo adotando todas as condutas normais da diligência, não o consiga avaliar antecipadamente. Trata-se, portanto, de fato inesperado, extraordinário, que as partes não poderiam, de maneira razoável, rever e tomar em conta em suas previsões⁴⁵³.

A onerosidade excessiva (segundo requisito) traduz-se na ruptura considerável do equilíbrio do contrato (receitas e gastos previstos), que resulte em um déficit na execução do serviço. Portanto, não basta que o particular sofra uma perda. É necessário que haja uma profunda perturbação do equilíbrio do contrato, isto é, um desequilíbrio grave.

Tem-se, assim, que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem lugar, apenas, nas hipóteses em que o desequilíbrio seja intolerável à luz da boa-fé e não faça parte do risco do negócio.

Nesse sentido, para que se possa determinar se a situação vivenciada compõe o risco do negócio ou não, é preciso analisar o tipo contratual em causa; o tempo de duração do contrato (contratos de longa duração possuem como característica um risco normal maior); existência ou não de condições especiais, pois o contrato pode possuir cláusulas que prevejam e distribuam os riscos da operação entre as partes, em determinadas situações de flutuação da economia do contrato.

Quanto a essa última questão, vale observar que, de acordo com as lições de António Cadilha, não seria possível que as partes previssem cláusula que afaste completamente a teoria

⁴⁵¹ CADILHA, António – A Teoria da Imprevisão nos Contratos Administrativos: Gênese e Receção no Direito Português. **Cadernos Sérvulo de Contratos Públicos**. p. 5.

⁴⁵² CADILHA, António – **Op. Cit.** p. 11/15.

⁴⁵³ CADILHA, António – **Op. Cit.** p. 11.

da imprevisão⁴⁵⁴. Nas palavras de Celso Bandeira de Mello⁴⁵⁵, “a cláusula de formal rejeição à teoria da imprevisão não pode prosperar ante circunstâncias insuspeitadas à época do contrato”.

Por fim, para que se possa aplicar a teoria da imprevisão, deve haver, ainda, a possibilidade de cumprimento do contrato (terceiro requisito), porque, do contrário, estar-se-ia diante de hipótese de rescisão do contrato em decorrência de força maior, de maneira a retirar a responsabilidade do particular pelo seu não cumprimento⁴⁵⁶.

Em resumo, portanto, é preciso que se verifique a existência de situação anômala, que importe em mudança substancial nas condições de execução da avença, afetando, assim, o equilíbrio da equação estabelecida entre as partes no contrato.

Verificada a existência desses três requisitos e, portanto, de uma situação típica de imprevisão, são produzidos dois efeitos na relação contratual: surgem as obrigações (i) do contraente particular continuar executando o serviço; e, de outro lado, (ii) da Administração de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O primeiro dos efeitos – obrigação de não interromper a execução do serviço – visa garantir que o contrato administrativo se cumpra de maneira contínua e regular, visando-se a satisfação do interesse geral⁴⁵⁷.

Já o segundo efeito – o da Administração recompor o equilíbrio do contrato –, pode se dar, nos termos do n.º 3 do art. 282.º do Código de Contratos Públicos: (a) através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato; (b) da revisão dos preços contratuais; ou (c) por meio do pagamento de uma indenização ao particular, compensadora da onerosidade excessiva (“da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato”).

⁴⁵⁴ CADILHA, António – **Op. Cit.** p. 11/13.

⁴⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de direito administrativo.** p. 630.

⁴⁵⁶ CADILHA, António – **Op. Cit.** p. 13.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

4.3. A exceção do contrato não cumprido nos contratos coligados ao de Concessão de Serviço Público

4.3.1. A problemática

A concessão de serviço público, como acima tratado, tem como uma das características a existência de uma relação trilateral, composta pelo concessionário, Poder concedente, e pelo utente, personagem este que não integra o contrato de concessão, mas que, em última análise, é o destinatário final e a razão de ser da concessão⁴⁵⁸.

Além dessa relação trilateral, existem uma série de contratos que gravitam ao redor do contrato de concessão de serviço público, celebrados unicamente no intuito de a ele servir que, como visto anteriormente, regem-se, em regra, por normas de direito privado. É o caso de um contrato entabulado por uma concessionária de serviço público e uma empresa terceira privada, para aquisição dos insumos necessários à prestação do serviço público.

Imagine-se, por exemplo, o contrato de concessão de transporte ferroviário celebrado entre uma determinada concessionária e o Estado, com o objetivo de que a primeira proveja à população, através dos seus serviços, meio de locomoção. Em torno dessa finalidade (“transporte ferroviário”), orbitam diversas outras contratações, dentre as quais o contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado pela concessionária de serviço público de transporte ferroviário (“Ferroviária”) e a empresa de fornecimento de energia elétrica (“Fornecedora de Energia”), com único e expreso intuito de que a segunda proveja energia elétrica necessária para desenvolvimento da atividade da primeira.

Na hipótese de ocorrer um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão, em razão de uma situação inesperada e imprevisível, como visto no tópico anterior, o Poder Público teria o dever de reequilibrá-lo. Todavia, no caso de mora do Poder Público em relação à essa obrigação, poderia a concessionária invocar a *exceptio* em relação à empresa terceira fornecedora dos insumos necessários à prestação do serviço público?

A questão torna-se relevante, na medida em que os contratos administrativos são dotados de um regime específico, em que o contratante público possui um conjunto de poderes de autoridade sobre o particular, e as concessionárias de serviço público estão subordinadas a uma série de princípios, tais como o da modicidade e continuidade que visam, em última instância, resguardar o princípio geral da prevalência do interesse público. Desse conjunto de normas e princípios, decorre, em muitos casos, a impossibilidade de o particular invocar a seu

⁴⁵⁸ ANJOS, Joana Catarina Neto dos – **Op. Cit.** p. 21.

favor, contra o Poder Público, a exceção do contrato não cumprido, como no caso em que a paralisação do serviço implicar grave prejuízo para a realização do interesse público.

De fato, no ordenamento jurídico português, a exceção do contrato não cumprido contra o Poder Concedente, nos termos do art. 327.º do Código de Contratos Públicos, somente seria possível “desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual” ou, havendo grave prejuízo para a realização do interesse público, no caso em que “coloque manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do cocontratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença”⁴⁵⁹.

Retomando nosso exemplo, imagine-se a hipótese de a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) autorizar o aumento extraordinário do preço da tarifa de energia elétrica, em decorrência de situação inesperada e inusitada. E, de outro lado, fundada no princípio da universalidade, a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) deixar de autorizar o correspondente aumento da tarifa do serviço transporte ferroviário (indispensável para custeio do aumento de energia elétrica) e não adotar qualquer medida visando a recomposição do equilíbrio económico financeiro do contrato.

Note-se que, neste caso, a concessionária de transporte ferroviário não teria condições de suportar o pagamento correspondente ao aumento da tarifa de energia elétrica, em razão da mora do Poder Público de reequilibrar económica-financeiramente o contrato de concessão.

A paralisação do serviço de transporte ferroviário implicaria grave prejuízo para a realização do interesse público. Ponderando-se os interesses públicos e privados do caso – de um lado, a prestação do serviço de transporte ferroviário, essencial para a locomoção diária de milhares de pessoas e, de outro lado, interesses privados pecuniários legítimos, mas que podem

⁴⁵⁹ Artigo 327.º do CCP: Exceção de não cumprimento invocável pelo cocontratante 1 - Nos contratos bilaterais, quando o incumprimento seja imputável ao contraente público, o cocontratante, independentemente do direito de resolução do contrato que lhe assista, nos termos do disposto no artigo 332.º, pode invocar a exceção de não cumprimento desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual. 2 - Se a recusa de cumprir pelo cocontratante implicar grave prejuízo para a realização do interesse público nos termos do disposto na parte final do número anterior, aquele apenas pode invocar a exceção de não cumprimento quando a realização das prestações contratuais coloque manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do cocontratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença. 3 - O exercício pelo cocontratante do direito de recusar o cumprimento da prestação depende de prévia notificação ao contraente público da intenção de exercício do direito e dos respetivos fundamentos, com a antecedência mínima de 15 dias, se outra não for estipulada no contrato. 4 - Considera-se que a invocação da exceção de não cumprimento não implica grave prejuízo para a realização do interesse público quando o contraente público, no prazo de 15 dias contado da notificação a que se refere o número anterior não reconhecer, mediante resolução fundamentada, que a recusa em cumprir seria gravemente prejudicial para o interesse público.

ser alcançados posteriormente (ou seja, não há um *periculum in mora* latente e irreversível, tal qual há no caso da interrupção do serviço) –, a possibilidade da oposição da *exceptio* contra o Poder Concedente seria discutível.

Nesse contexto, indaga-se: o descumprimento da Administração Pública de suas obrigações seria oponível, por meio da exceção do contrato não cumprido, pela Ferroviária contra a Fornecedora de Energia, para recusar-se ao pagamento da diferença do aumento da conta de energia elétrica?

Para que possamos responder a essa indagação, necessário se faz verificar (i) se os referidos contratos integram uma coligação contratual; e em caso positivo, (ii) se os requisitos para oposição da exceção do contrato não cumprido estariam presentes.

4.3.2. A coligação contratual

Pode-se afirmar que o contrato celebrado pela concessionária de serviço público com empresa terceira, visando a aquisição de insumos que viabilizem a execução do seu contrato de concessão, está intimamente ligado a este último, que é, portanto, a razão da sua existência.

A concessionária, ao celebrar o contrato de concessão com o Estado somente pode executar o objeto do seu contrato com o insumo necessário. Por sua vez, o contrato de insumo celebrado com a empresa terceira somente existe em decorrência da concessão.

Os contratos estão umbilicalmente ligados, um explicando a existência do outro, todos com o objetivo maior e final de garantir à população a prestação do serviço público. A concessionária somente pode prestar o serviço objeto da concessão se receber os insumos da empresa terceira e esta última somente obteve o contrato de fornecimento dos insumos porque a concessionária recebera a concessão.

No nosso exemplo, o ajuste entabulado entre a Ferroviária e Fornecedora de Energia apenas existe com o objetivo de servir o contrato de concessão, isto é, assegurar-lhe o seu principal insumo: a energia elétrica.

A utilização pela Ferroviária da energia elétrica deve-se, unicamente, à necessidade de suprir a demanda de transporte ferroviário, repita-se, objeto do contrato de concessão. Existe um efetivo vínculo entre o negócio jurídico celebrado entre o Estado e a Ferroviária e o contrato de fornecimento de energia elétrica, celebrado entre Ferroviária e Fornecedora de Energia.

A Ferroviária somente pode prestar o serviço objeto da concessão se receber energia elétrica da Fornecedora de Energia e a Fornecedora de Energia somente obteve o contrato de fornecimento de energia porque a Ferroviária recebera a concessão. Ambos contratos visam, ao

fim e ao cabo, garantir à população, a possibilidade de se locomover, por meio do serviço de transporte ferroviário.

Em outras palavras, o Contrato de Concessão possui a finalidade econômica-social de prover o transporte da população do Estado. Em torno desse objetivo, orbitam diversas outras contratações, dentre as quais o contrato de fornecimento de energia, entabulado entre Ferroviária e Fornecedora de Energia. Essa união entre instrumentos e negócios aparentemente autônomos, que voltam para uma finalidade comum, constitui coligação contratual.

Como se vê, é patente a existência de uma negociação triangular, composta por contratos que existem um em função do outro. Apesar de possuir cada um dos contratos causa jurídica autônoma, há entre eles "uma causa econômica que impõe o funcionamento em forma de sistema dos vários contratos celebrados"⁴⁶⁰, afinal, a associação entre os contratos se situa no plano do sistema global e não nos contratos.

É possível afirmar, portanto, considerando os conceitos acerca da união de contratos trazido no capítulo de três deste trabalho, que a presente hipótese é de uma união de contratos com dependência (coligação contratual).

Essa relação de subordinação entre os contratos é unilateral, na medida em que a validade e vigência de apenas um dos ajustes (no exemplo, o contrato de fornecimento de energia elétrica) depende da do outro (no exemplo, o contrato de concessão) para existir, de maneira que apenas um contrato tem predomínio e repercussão sobre o outro.

A união com dependência, no caso, decorre seja em razão da natureza acessória de um dos contratos em relação ao outro (coligação natural), seja em razão da vontade das partes, ainda que implícita, de que estabelecer a relação de dependência de um contrato com o outro (coligação voluntária).

Coligação natural, porque o elemento associativo desses contratos encontra-se no plano do negócio, do sistema. Esse elemento não essencial do contrato constitui pressuposto para o funcionamento do sistema⁴⁶¹. A coligação deriva da própria natureza dos contratos, que se mostram interdependentes.

E coligação voluntária porque o liame existente entre os contratos também pode ser deduzido a partir das circunstâncias em que foram celebrados os contratos (no nosso exemplo, o contrato de energia elétrica somente foi celebrado para que a concessionária de transporte

⁴⁶⁰ RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In MARQUES, Claudia Lima – **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. p. 449.

⁴⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis – **Op. Cit.** p. 34.

ferroviário pudesse atender ao contrato de concessão), bem como do fim a que pretendem alcançar (no exemplo, o desenvolvimento de atividade de transporte ferroviário), com base nas regras de interpretação dos contratos (arts. 236.º e ss. do Código Civil).

O contrato visando a aquisição de insumo (no exemplo, o de fornecimento de energia) só existe em função do contrato de concessão. Ambos podem ser considerados como integrantes de uma coligação voluntária, estabelecida para a realização de uma finalidade, que é a prestação do serviço público (no caso do exemplo, de transporte ferroviário, cujo principal insumo é a energia elétrica).

É possível dizer, portanto, que, no caso em análise, a relação estabelecida entre concessionária de serviço público (Ferroviária) e empresa terceira fornecedora do insumo (Fornecedora de Energia) pode ser considerada como uma coligação contratual (união com dependência), unilateral, natural e/ou voluntária.

Em razão desse nexo de carácter funcional que vincula os referidos contratos, enseja-se a produção de efeitos e consequências jurídicas novas, além daquelas próprias de cada um dos contratos. Por esse motivo, tais contratos não podem ser analisados, interpretados e produzirem seus efeitos de maneira individual e autônoma. Ao contrário, nesse processo (de análise, interpretação e produção de efeitos) deve-se considerar o objetivo econômico maior a que pretendem alcançar.

4.3.3. A *exceptio*

Em primeiro lugar, há que se registrar que a relação envolvendo a concessionária e a empresa terceira fornecedora do insumo necessário à prestação do serviço público, é regida eminentemente por normas de direito privado. Isso porque, ao celebrar o referido ajuste, a concessionária não está desempenhando funções materialmente administrativas nesse momento. Ou seja, a concessionária de serviço público, nesse momento, não está investida de contraente público, elemento necessário para se qualificar o regime desse contrato como sendo de direito administrativo. A relação jurídica emergente desse contrato não é administrativa, mas sim de direito privado.

Assim, para que a exceção do contrato não cumprido possa ser oposta, vimos que são necessários os seguintes pressupostos: (i) o inadimplemento; (ii) a necessidade de existência de um vínculo sinalagmático; (iii) simultaneamente das prestações; (iv) e observância da boa-fé.

Não há dúvidas de que, a partir do momento em que o Poder Público deixa de adotar as medidas necessárias visando o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, descumpra com suas obrigações.

No nosso exemplo anteriormente citado, a partir do momento em que a Administração Pública, por meio da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes deixa de autorizar o correspondente aumento da tarifa do serviço de transporte ferroviário, em razão de uma política pública e social (princípio da universalidade), e não compensa o particular financeiramente por essa política, descumpra, deliberadamente sua obrigação de reequilibrar econômica-financeiramente o contrato de concessão.

O aumento inesperado, imprevisível e extraordinário da tarifa de energia elétrica importa no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que deveria ser recomposto pela Administração Pública através da revisão dos preços contratuais, ou do pagamento de uma indenização ao particular, compensadora da onerosidade excessiva (na medida em que a prorrogação do contrato em nada adiantaria na solução do problema criado). A não adoção de nenhuma dessas medidas, como visto, consiste em descumprimento da Administração Pública de suas obrigações.

Ademais, o Poder Concedente também descumpra com suas obrigações e desequilibra o contrato de concessão, ao não efetuar o pagamento concomitante de prestações ao concessionário, de maneira a compensar a diferença do preço devida em razão da política social adotada⁴⁶², em virtude da qual deixou de autorizar o aumento da tarifa do transporte ferroviário, nos termos do art. 407.º, n.º 2, do CCP. Patente, assim, a presença do primeiro requisito (inadimplemento), para a oposição da *exceptio*.

O vínculo sinalagmático (segundo requisito) na relação contratual coligada entre concessionária, Poder Concedente e empresa terceira fornecedora dos insumos necessários à prestação do serviço público é latente. Os contratos possuem vínculos de interdependência entre as prestações, em que cada uma dessas prestações é contrapartida da outra; uma não nasce sem a outra e uma não se extingue sem a outra. Há efetivas prestações de um lado e, de outro, as suas respectivas contraprestações, de maneira equilibrada e harmônica.

A coligação contratual existente produz efeitos em relação aos contratos que a integram: o aumento da tarifa de energia elétrica, sem o cumprimento por parte do Estado de sua obrigação de adotar medidas compensatórias em relação à Ferroviária, que, por ele próprio fora impedida

⁴⁶² GOUVEIA, Rodrigo – **Op. Cit.** p. 27/28.

CAETANO, Marcello – **Op. Cit.** p. 1126/1127.

SILVA, Jorge Andrade da – **Código dos Contratos Públicos: Anotado e Comentado.** p. 971.

de reajustar a tarifa do serviço público de transporte ferroviário, torna inviável à Ferroviária o cumprimento de suas obrigações. Há efetivo desequilíbrio causado em razão do inadimplemento de uma das prestações da relação coligada.

Ou seja, a partir do momento em que o Estado deixa de adotar as medidas necessárias ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão (seja por meio da autorização de aumento da tarifa ferroviária, seja por meio do pagamento da diferença relativa ao reajuste não autorizado), desequilibra o contrato de fornecimento dos insumos, fazendo com que seja impossível que a concessionária consiga arcar com os custos adicionais do contrato de fornecimento de insumo. Fica, então, latente que o inadimplemento no contrato de concessão naturalmente produz efeitos no sistema formado por esses dois contratos, desequilibrando a relação jurídica.

O liame entre os contratos verifica-se, igualmente, na hipótese de a Fornecedora de Energia deixar de fornecer a energia - ou fornecer com valores não previstos no contrato de concessão: essa nova circunstância atuaria não apenas sobre o contrato de fornecimento de energia elétrica, mas também sobre o contrato de concessão, cuja execução seria atingida.

O terceiro requisito verifica-se com singeleza, na medida em que as prestações em questão são executadas simultaneamente, o que viabiliza que a concessionária recuse o cumprimento da sua obrigação (pagamento da diferença da tarifa de energia elétrica) enquanto a prestação da outra (obrigação do Poder Público reequilibrar econômica-financeiramente o contrato de concessão) não for executada. Ambas obrigações são simultaneamente exigíveis⁴⁶³.

Por fim, a oposição da *exceptio*, no âmbito da relação coligada em análise poderia, perfeitamente ser invocada com subordinação à cláusula geral da boa-fé. A concessionária, atuando com honestidade e de maneira criteriosa a cumprir com todos os seus deveres assumidos, poderia opor-se, apenas, à diferença resultante do aumento inesperado do valor da tarifa de energia elétrica e não à integralidade da prestação.

De outro lado, a sua arguição também acaba por concretizar o princípio da boa-fé, na medida em que evitaria o desequilíbrio das prestações, protegendo, assim, a parte contratante prejudicada, no caso a concessionária, com o inadimplemento da outra⁴⁶⁴.

Em conclusão, vê-se que o feixe de obrigações assumidas na coligação contratual transcende à bilateralidade das relações tradicionais, na medida em que o inadimplemento por

⁴⁶³ ABRANTES, José João – **Op. Cit.** p. 46.

⁴⁶⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara relat. – Acórdão da 1ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 2545/10.5TVLSB.L1.S1, 17 de novembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 24 nov. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/AD3E94B78B31F5CF80257F080057EB17>

qualquer das partes repercute diretamente nas demais. No caso, diante do inadimplemento do Estado, os contratos coligados em questão devem ser analisados e interpretados levando-se em consideração o sistema global no qual se inserem e não de maneira autônoma, individual ou isolada, na medida em que o complexo de direitos e de obrigações deles decorrentes não atingem apenas as partes que o celebram, mas, também, o conjunto dos usuários⁴⁶⁵.

Em razão desse nexo de carácter funcional que vincula os referidos contratos, enseja-se a produção de efeitos e consequências jurídicas novas, além daquelas próprias de cada um dos contratos. Por esse motivo, tais contratos não podem ser analisados, interpretados e produzirem seus efeitos de maneira individual e autônoma. Ao contrário, nesse processo (de análise, interpretação e produção de efeitos) deve-se considerar o objetivo econômico maior a que pretendem alcançar.

Não se pode, assim, dar tratamento autônomo às relações jurídicas decorrentes do contrato de concessão. Ao contrário, elas devem ser tratadas considerando-se que estão conectados à ideia maior da organização do serviço público. Em outras palavras, os efeitos produzidos por esses contratos não se restringem aos interesses da concessionária e de terceiros, mas se espalham para todo o sistema da prestação de serviço público.

Não há dúvidas de que a forma de análise, interpretação e efeitos produzidos pelos contratos inseridos nesse sistema consubstancia temperamento ao princípio da relatividade dos contratos. Esses contratos possuem natureza jurídica de contratos coligados, uma vez que, inegavelmente os “acontecimentos de um contrato produzirão efeitos sobre os outros”⁴⁶⁶.

No caso, reconhece-se a existência da coligação contratual pela percepção de que o conjunto contratual exerce uma função social diversa daquela que é objeto dos contratos singulares⁴⁶⁷. Há uma causa comum, que se destina ao atendimento de uma finalidade, que será alcançada pela conexão de negócios jurídicos. Assim, quaisquer alterações nessas relações contratuais produzirão impactos sistêmicos, especialmente no próprio contrato de concessão e serviço público prestado.

Não é possível ignorar, ainda, a existência de latente interesse público na prestação do serviço de transporte ferroviário e a necessidade de que o mesmo não seja interrompido ou suspenso. O reconhecimento da coligação contratual desses ajustes, com a possibilidade da

⁴⁶⁵ FREITAS, Rafael Vêras de – **Op. Cit.** p. 222/223.

⁴⁶⁶ KATAOKA, Eduardo Takemi – **A coligação contratual.** p. 62.

⁴⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier – Os contratos coligados. In **Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado. Coletânea em Homenagem à Professora Vêra Jacob De Fradera.**

oposição da *exceptio*, objetiva assegurar a adequada prestação do serviço, de acordo com os interesses públicos.

A finalidade das partes ao celebrar o contrato de fornecimento do insumo (no exemplo, de energia) era, em última instância, fomentar a prestação do serviço público (no exemplo, de transporte ferroviário). Há uma nítida relação de interdependência entre os contratos.

A relação de interdependência entre os contratos é caracterizada, ainda, por uma relação sinalagmática envolvendo todos os contratos coligados, em que todas as partes envolvidas na relação triangular assumem obrigações correspondentes e simultâneas e o inadimplemento de uma delas rompe o equilíbrio de todo o sistema contratual, o que torna presente todos os requisitos para a arguição da exceção do contrato não cumprido. Há um equilíbrio contratual global que precisa ser preservado, mais ainda por envolver a satisfação do interesse público. Daí porque o inadimplemento do Estado é oponível à empresa terceira fornecedora de insumos (no nosso exemplo, a Fornecedora de Energia)⁴⁶⁸.

Por essa razão, seja porque a análise, interpretação e efeitos produzidos pelos contratos inseridos nesse sistema coligado deve ser feita de forma integrada, seja porque presentes todos os pressupostos para oposição da *exceptio* encontram-se presentes, entendemos ser possível dizer que a rede contratual existente faz com que o inadimplemento do Estado em relação à sua obrigação possibilite a concessionária invocar a seu favor a *exceptio* contra a empresa terceira, fornecedora dos insumos necessários à prestação do serviço público, enquanto o Estado não cumprir a sua parte na relação contratual.

5. Conclusão

O objetivo primordial do presente estudo era abordar o tema relativo à possibilidade de uma concessionária de serviço público, diante do descumprimento pelo Poder Público de suas obrigações no contrato de concessão, invocar, a seu favor, a exceção do contrato não cumprido contra outro particular com o qual mantenha relação contratual coligada ao contrato de concessão, todo o tempo em que o contratante público permanecer em mora.

A questão torna-se relevante, na medida em que, como demonstrado, os contratos administrativos são dotados de um regime específico, em que o contratante público possui um conjunto de poderes de autoridade sobre o particular, e as concessionárias de serviço público estão subordinadas a uma série de princípios, tais como o da modicidade e continuidade que

⁴⁶⁸ MARTINEZ, Pedro Romano – **Op. Cit.** p. 466/467.

visam, em última instância, resguardar o princípio geral da prevalência do interesse público. Desse conjunto de normas e princípios, decorre, em muitos casos, a impossibilidade de o particular invocar a seu favor, contra o Poder Público, a exceção do contrato não cumprido, como no caso em que a paralisação do serviço implicar grave prejuízo para a realização do interesse público.

Portanto, em uma hipótese de descumprimento das obrigações pelo Poder Público em relação ao contrato de concessão e, ao mesmo tempo, em uma situação em que a oposição da exceção do contrato não cumprido contra o contraente público se revelar inviável, por implicar grave prejuízo para a realização do interesse público, poderia a concessionária opor a *exceptio* em relação aos contratos privados coligados ao da concessão?

Para que pudéssemos tecer nossas considerações acerca do tema, iniciamos o estudo acerca da teoria clássica dos contratos. Demonstramos que a mesma se limitava às noções de autonomia privada ou autonomia da vontade (as partes são livres para expressar suas vontades e contratar entre si), obrigatoriedade (irreversibilidade do compromisso, expresso pelo princípio da força vinculante dos contratos) e relatividade (os contratos somente produzem efeitos em relação às partes que manifestaram sua vontade), princípios esses que abordamos individualmente no primeiro capítulo.

Destacamos que, posteriormente, observou-se um movimento estatal no sentido de comprometimento com a responsabilidade solidária e ética social. O Direito passou a atender, não mais aos interesses individuais dos particulares contratantes, mas a levar em consideração as necessidades da sociedade como um todo. O contrato passou a servir e visar os interesses da coletividade, passando a desempenhar uma “função social”, e não apenas a se limitando a ser um simples instrumento de manifestação da vontade entre particulares isolados⁴⁶⁹.

Surgiram, então, os princípios da função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico, por meio dos quais os princípios já existentes sofrem uma releitura. Assim, não era mais admissível pensar na relação obrigacional tão somente como um vínculo entre devedor e credor. Os princípios do *pacta sunt servanda* e da eficácia relativa do contrato sofrem limitações pelos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material do contrato⁴⁷⁰.

Na sequência, no capítulo dois, abordamos o tema da exceção do contrato não cumprido. Vimos que se trata da faculdade que cada uma das partes detém, nos contratos bilaterais (sinalagmáticos), de recusar o cumprimento da sua prestação enquanto a contraprestação devida

⁴⁶⁹ Ibidem.

⁴⁷⁰ GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Op. Cit.**, p. 15.

não for cumprida pela outra parte ou esta não oferecer o cumprimento simultâneo da contraprestação⁴⁷¹. Em outras palavras, nenhuma das partes pode exigir o cumprimento da prestação sem que, antes, tenha cumprido a parte que lhe cabia.

Identificamos como pressupostos de oponibilidade da *exceptio* (i) a necessidade de existência de um vínculo sinalagmático; (ii) simultaneamente das prestações; (iii) o inadimplemento; (iv) e observância da boa-fé.

Vimos, ainda, que a exceção consiste em um meio de defesa indireta, que visa a execução plena do contrato e não a resolução do ajuste e a isenção da parte do dever de cumprir a prestação que lhe cabia⁴⁷². E que se caracteriza pelo seu efeito de dilação do tempo de cumprimento da prestação do excipiente até a satisfação da parte que compete ao *excepto*, como forma de manter o equilíbrio da relação contratual, nesse estado de mora de uma das partes.

No terceiro capítulo, vimos que com o avanço da sociedade moderna e a necessidade de otimização da eficiência e dos resultados, bem como a redução dos riscos as relações econômicas na sociedade tornaram-se complexas. E os contratos precisaram acompanhar essa evolução, deixando para trás a visão clássica individualista, em que seus efeitos restavam restritos às partes contratantes, para uma nova forma, em que estão inseridos em operações econômicas complexas e interligadas, dando origem, assim, às redes contratuais⁴⁷³.

Assim, analisamos a figura da união dos contratos ou contratos coligados, que, de acordo com as lições do Professor Inocêncio Galvão Telles, pode ser classificada em três espécies: união extrínseca; união alternativa; união com dependência (ou união interna)⁴⁷⁴.

Especificamente em relação à *união com dependência* (ou união interna) – que nos interessa para fins do presente estudo – vimos que se caracteriza pela existência de uma relação de sujeição e dependência entre dois contratos, de maneira tal que a validade e vigência de um esteja intimamente ligada à validade e vigência do outro⁴⁷⁵.

Com relação à formação da coligação contratual adotando a classificação doutrinária de Francisco Marino, passemos, vimos que podem ser: (i) *ex lege*; (ii) natural; ou (iii) voluntária.

A coligação *ex lege* representa o vínculo de dependência e subordinação estabelecido entre diferentes contratos, por expressa previsão legal, seja quanto à coligação propriamente

⁴⁷¹ Idem – **Op. Cit.** p. 35.

⁴⁷² ANDRÉ, Bruno Afonso de – Prescrição e decadência. **Tribuna da Magistratura**. p. 3.

⁴⁷³ ITURRASPE, Jorge Mosset – **Op. Cit.** p. 9.

⁴⁷⁴ INOCÊNCIO, Galvão Telles – **Op. Cit.** p. 475/476.

⁴⁷⁵ INOCÊNCIO, Galvão Telles – **Op. Cit.** p. 475/476.

dita, seja pela previsão de um ou mais efeitos da coligação⁴⁷⁶. Em outras palavras, a fonte da coligação entre contratos decorre da própria lei.

Já a coligação natural representa o vínculo de interdependência que nasce da relação acessória de dois contratos. Trata-se de uma figura atípica que reúne contratos distintos entre si, com causas autônomas e conteúdo adequado a cada tipo de contrato, vinculados para atender a uma finalidade comum.

E a coligação voluntária é verificada nas hipóteses em que a relação de interdependência entre negócios jurídicos distintos não advém da natureza acessória, tampouco decorre da lei, mas da vontade das partes. É assim definida, portanto, a *contrario sensu*.

Vimos, ainda, que as principais consequências jurídicas dos contratos coligados são, de acordo com Francisco Marino, relativas à: (i) interpretação; (ii) qualificação; (iii) derrogação do regime jurídico típico; (iv) plano da validade; e (v) plano da eficácia.

Em especial quanto à interpretação dos contratos coligados, anotamos que ela exige a análise do vínculo como um todo, considerando todos os ajustes do sistema global, ao contrário da ideia clássica, que restringia a análise aos direitos e obrigações estipulados individualmente em cada contrato, sem relvar em consideração aspectos externos⁴⁷⁷.

Quanto à oposição da exceção do contrato não cumprido no âmbito dos contratos coligados, verificamos a sua possibilidade. Isso porque, mesmo no âmbito dos contratos coligados, é perfeitamente possível que (i) as prestações sejam simultâneas; (ii) haja o inadimplemento de uma das partes da relação coligada; (iii) a oposição da *exceptio* se dê pautada na cláusula geral da boa-fé; (iv) a relação coligada seja sinalagmática, ou seja, todas as partes envolvidas na relação triangular assumem obrigações correspondentes e o inadimplemento de uma delas rompe o equilíbrio de todo o sistema contratual. Ou seja, todos os requisitos para oposição da *exceptio* podem vir a existir.

No capítulo quatro tecemos considerações acerca dos contratos administrativos e, especificamente, quanto ao contrato de concessão. Vimos que os contratos administrativos se caracterizam por serem dotados por um regime específico, em que o contratante público possui um conjunto de poderes de autoridade, exercíveis por ato administrativo, destinados a assegurar a permanente adequação da relação contratual com o interesse público que justificou a sua constituição⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 104.

⁴⁷⁷ CASCAES, Amanda Celli – A Interpretação dos Contratos Coligados. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. p. 117.

⁴⁷⁸ KIRKBY, Mark Bobela-Mota – **Op. Cit.** p. 760.

Especificamente em relação ao contrato de concessão, vimos a sua definição como sendo a convenção por meio qual uma pessoa coletiva de direito público (o concedente) encarrega uma empresa privada ou pública (a concessionária) de prestar um determinado serviço público por sua conta e risco, sendo remunerado através do preço cobrado aos utentes⁴⁷⁹. Identificamos que são elementos essenciais do contrato de concessão: a) sujeito; b) objeto; c) remuneração; d) transferência de risco.

Vimos que a prestação do serviço público é regida por uma série de princípios que objetivam a satisfação dos interesses públicos, já que é tarefa do Estado prover à satisfação de necessidades essenciais e contribuir para o bem estar e a qualidade de vida de todos.

Em especial, destacamos o princípio da *continuidade*, que exige que o serviço seja ininterrupto, salvo por motivo de força maior⁴⁸⁰. Isso porque, considerando a natureza do serviço prestado e necessidade de atendimento às necessidades coletivas, este não pode ser prestado de forma incerta e imprevisível. O serviço, deve, portanto, ser prestado de maneira contínua, confiável e permanente⁴⁸¹.

E, justamente, fundado nesse princípio, é que detectamos que em determinadas situações, como quando a paralisação do serviço implicar grave prejuízo para a realização do interesse público, a concessionária de serviço público não pode opor a exceção do contrato não cumprido.

Assim, considerando essa última hipótese, adentramos no tema central da dissertação: em caso de descumprimento das obrigações pelo Poder Público em relação ao contrato de concessão (p. ex., ao não autorizar o aumento da tarifa, devido em razão de situações supervenientes não previstas no contrato), poderia a concessionária opor a *exceptio* em relação aos contratos privados coligados ao da concessão?

Identificamos que a natureza jurídica da relação entre Poder Concedente e concessionária é regida por normas públicas de direito administrativo⁴⁸² e que a relação da concessionária com utentes é de direito privado.

Quanto à relação estabelecida entre a concessionária e empresas terceiras, contratadas pela concessionária para fornecimento de insumos necessários à prestação do serviço público, vimos ser regido, eminentemente, por normas de direito privado. Isso porque, ao celebrar o

⁴⁷⁹ ANJOS, Joana Catarina Neto dos – **Op. Cit.** p. 17/18.

⁴⁸⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 228.

⁴⁸¹ GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 210.

⁴⁸² GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In MOREIRA, Vital – **Op. Cit.** p. 261.

referido ajuste, a concessionária não está desempenhando funções materialmente administrativas nesse momento. Ou seja, a concessionária de serviço público, nesse momento, não está investida de contraente público, elemento necessário para se qualificar o regime desse contrato como sendo de direito administrativo. A relação jurídica emergente desse contrato não é administrativa, mas sim de direito privado.

Ademais, identificamos que o contrato celebrado com essa empresa terceira é coligado ao de concessão. Isso porque os contratos estão umbilicalmente ligados, um explicando a existência do outro, todos com o objetivo maior e final de garantir à população a prestação do serviço público. Há uma nítida relação de interdependência entre esse contrato e o de concessão.

A concessionária somente pode prestar o serviço objeto da concessão se receber os insumos da empresa terceira e esta última somente obteve o contrato de fornecimento dos insumos porque a concessionária recebera a concessão. Ambos contratos visam, ao fim e ao cabo, garantir à população, a possibilidade de receber a prestação do serviço público.

Como vimos, é patente a existência de uma negociação triangular, composta por contratos que existem um em função do outro. Apesar de possuir cada um dos contratos causa jurídica autônoma, há entre eles "uma causa econômica que impõe o funcionamento em forma de sistema dos vários contratos celebrados"⁴⁸³, afinal, a associação entre os contratos se situa no plano do sistema global e não nos contratos.

Identificamos que, de acordo com as classificações adotadas no presente estudo, a hipótese é de uma união de contratos com dependência (coligação contratual). Essa relação de subordinação entre os contratos é unilateral, na medida em que a validade e vigência de apenas um dos ajustes (no exemplo, o contrato de fornecimento de insumo) depende da do outro (no exemplo, o contrato de concessão) para existir, de maneira que apenas um contrato tem predomínio e repercussão sobre o outro.

A união com dependência, no caso, decorre seja em razão da natureza acessória de um dos contratos em relação ao outro (coligação natural), seja em razão da vontade das partes, ainda que implícita, de que estabelecer a relação de dependência de um contrato com o outro (coligação voluntária).

Coligação natural, porque o elemento associativo desses contratos encontra-se no plano do negócio, do sistema. Esse elemento não essencial do contrato constitui pressuposto para o

⁴⁸³ RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In MARQUES, Claudia Lima – **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. p. 449.

funcionamento do sistema⁴⁸⁴. A coligação deriva da própria natureza dos contratos, que se mostram interdependentes.

E coligação voluntária porque o liame existente entre os contratos também pode ser deduzido a partir das circunstâncias em que foram celebrados os contratos (no nosso exemplo, o contrato de energia elétrica somente foi celebrado para que a concessionária de transporte ferroviário pudesse atender ao contrato de concessão), bem como do fim a que pretendem alcançar (no exemplo, o desenvolvimento de atividade de transporte ferroviário), com base nas regras de interpretação dos contratos (arts. 236.º e ss. do Código Civil).

Em razão desse nexo de carácter funcional que vincula os referidos contratos, enseja-se a produção de efeitos e consequências jurídicas novas, além daquelas próprias de cada um dos contratos. Por esse motivo, tais contratos não podem ser analisados, interpretados e produzirem seus efeitos de maneira individual e autônoma. Ao contrário, nesse processo (de análise, interpretação e produção de efeitos) deve-se considerar o objetivo econômico maior a que pretendem alcançar.

Assim, por óbvio que o inadimplemento do Poder Público no contrato de concessão repercute no equilíbrio da relação contratual travada entre concessionária e empresa terceira privada, fornecedora dos insumos. Isso porque, o feixe de obrigações assumidas na coligação contratual transcende à bilateralidade das relações tradicionais, e o inadimplemento do Poder Público repercute diretamente nas demais relações envolvendo a concessionária.

Não se pode, assim, dar tratamento autônomo às relações jurídicas decorrentes do contrato de concessão. Ao contrário, elas devem ser tratadas considerando-se que estão conectados à ideia maior da organização do serviço público. Em outras palavras, os efeitos produzidos por esses contratos não se restringem aos interesses da concessionária e de terceiros, mas se espalham para todo o sistema da prestação de serviço público.

No caso, a relação de interdependência entre os contratos evidencia a existência de uma relação sinalagmática envolvendo todos os contratos coligados, em que todas as partes envolvidas na relação triangular assumem obrigações correspondentes e simultâneas e o inadimplemento de uma delas rompe o equilíbrio de todo o sistema contratual, o que torna presente todos os requisitos para a arguição da exceção do contrato não cumprido. Há um equilíbrio contratual global que precisa ser preservado, mais ainda por envolver a satisfação do interesse público. Daí porque o inadimplemento do Estado é oponível à empresa terceira fornecedora de insumos (no nosso exemplo, a Fornecedora de Energia)⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis – **Op. Cit.** p. 34.

⁴⁸⁵ MARTINEZ, Pedro Romano – **Op. Cit.** p. 466/467.

Portanto, em razão dessa interdependência e equilíbrio do conjunto de relações contratuais envolvidas no sistema coligado, bem como pela existência de todos os pressupostos necessários para a oposição da exceção do contrato não cumprido, entendemos pela possibilidade de arguição da mesma pela concessionária contra a empresa fornecedora dos insumos, como forma de se manter o equilíbrio da relação contratual, durante o estado de mora do Poder Público.

Referências Bibliográficas

Bibliografia

- ABRANTES, José João – **A Excepção de não cumprimento do contrato: conceito e fundamento**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-4953-3.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de – **Extinção dos contratos por incumprimento do dever**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. ISBN 8532100449.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de – Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**. Vol. 89, n.º 775 (maio, 2000), p. 18-31. ISSN: 0034-9275.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de – Serviços Públicos, Contratos Privados. In RAMOS, Rui Manuel de Moura [et al.]. **Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. 1.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002. Vol. 2. ISBN 9789724018140.
- ALMEIDA, Mário Aroso de – **Manual de processo administrativo**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6414-7.
- ALMEIDA, Mário Aroso de – **O problema do contrato Administrativo: no quadro normativo decorrente do código dos contratos públicos revisto**. 1.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7496-2.
- ALVES DIAS, Luís Castro – **O exercício de poderes de autoridade por parte do contraente público no contexto do subcontrato**. Lisboa, 2013. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (polic.^a). Disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18938/1/Lu%C3%ADs%20Carlos%20Alves%20Dias_O%20exerc%C3%ADcio%20de%20poderes%20de%20autoridade....pdf [Consult. 16 fev. 2020].
- AMARAL, Diego Freitas do – **Curso de Direito Administrativo**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. 2. ISBN 9789724044071.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – **A Justiça Administrativa**. 11.^a ed. Coimbra, Almedina, 2011. ISBN 9789724044675.
- ANDRÉ, Bruno Afonso de – Prescrição e decadência. **Tribuna da Magistratura Caderno Jurídico**. [Em linha]. N.º 127, (maio-junho, 2003), p. 2-4. Disponível em: <https://apamagis.com.br/site/wp-content/uploads/tribunas/2003/tm127-maijun2003.pdf> [Consult. 12 out. 2020].

- ANJOS, Joana Catarina Neto dos – Litígios entre as Concessionárias do Serviço Público de Abastecimento de Água e os Consumidores: Questão da Jurisdição Competente. **Cedipre Online** [em linha]. N.º 24 (2014). [Consult. 08 de mar. 2020]. Disponível em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_24.pdf
- ASCENSÃO, José de Oliveira – Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”. **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em linha]. Vol. 3, n.º 65, (dezembro, 2005). Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-iii-dez-2005/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-onerosidade-excessiva-por-alteracao-das-circunstancias/> [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: ISSN: 0870-8118
- ASSIS, Araken de – **Comentários ao código civil brasileiro: Do direito das obrigações**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. 5. ISBN 9788530925642.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de – **Compra e venda, troca ou permuta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN: 8520328024.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de – **Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986.
- BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari – O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**. [Em linha]. Vol. 971, n.º 971, (setembro, 2016), p. 1-13. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.971.07.PDF [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 0034-9275.
- CADILHA, António – A Teoria da Imprevisão nos Contratos Administrativos: Génese e Receção no Direito Português. **Cadernos Sérvulo de Contratos Públicos**. [Em linha]. Vol. 02, n.º 02, (março, 2016), p. 1-16. Disponível em: https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNOS/2016/Cadernos_Servulo_de_Contratos_Publicos_II.pdf [Consult. 12 out. 2020].
- CAETANO, Marcello – **Manual de Direito Administrativo**. 10.ª ed., reimpressão. Coimbra: Almedina, 1991. Vol. 2. ISBN 972-40-0288-8.
- CALVÃO DA SILVA, João Nuno – **Mercado e Estado: Serviços de Interesse Económico Geral**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724033716.
- CARDOSO, Elionora – **Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português**. 1.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010. ISBN 9789723218473.
- CARNACCHIONI, Daniel – **Manual de direito civil**. 1.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. ISBN: 9788544214695.

- CASCAES, Amanda Celli – A Interpretação dos Contratos Coligados. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. [Em linha]. N.º 3, (2018), p. 101-133. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_0101_0133.pdf [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 2183-539X.
- COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira – Coligação negocial e operações negociais complexas. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. Comemorativo 75 anos. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003. ISSN: 0303-9773.
- CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil IX: Direito das Obrigações, Cumprimento e não cumprimento**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9789724065526.
- CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil Português**. I Parte Geral, Tomo II, Coisas. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 9789724017259.
- COSTA, António – O contrato de fornecimento de água. In MONTEIRO, António Pinto – **Estudos de Direito do Consumidor**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. 2002. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_4_completo.pdf [Consult. 12 out. 2020]. ISBN: 972-98463-3-2.
- COSTA, Mario Julio de Almeida – **Direito das obrigações**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. ISBN 9724011267.
- COSTA, Ricardo J. Amaral da – Os serviços públicos essenciais: perspectiva geral. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. N.º 70 (junho, 2012), p. 51-81. ISSN: 0873-9773.
- CRUZ, Paulo Márcio – **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3.ª ed. Curitiba: Juruá, 2003. ISBN 853620257-2.
- DEVOTO, Martín – **El efecto relativo de los contratos y la conexidad contractual**. Buenos Aires, 2016. Dissertação para Mestrado em Direito Empresarial Econômico, apresentada à Universidad Católica Argentina (polic.ª). Disponível em <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/208/1/doc.pdf> [Consult. 20 fev. 2020].
- DINIZ, Maria Helena – **Código civil anotado: com comentários à lei de introdução ao código civil**. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 9788502064799.
- DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 21.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. 3. ISBN 8502050605.
- DINIZ, Maria Helena – **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 8502042548.

- ENEI, José Virgílio Lopes – Contratos Coligados. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Vol. 42, n.º 132 (outubro/dezembro, 2003), p. 111-128. ISSN: 0102-8049.
- ENNECCERUS, Ludwig – **Tratado de derecho civil: Derecho de obligaciones**. Barcelona: Bosch, 1994. ISBN: 8471624249.
- ESTORNINHO, Maria João – Concessão de Serviços Públicos - Que Futuro?. **Direito e Justiça**. Vol. Especial 2005, p. 1-27. ISSN: 0871-0336.
- FARRANDO, Ismael – La relación jurídica del usuario com el concessionário de servicios públicos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. [Em linha]. N.º 36, (junho, 2010), p. 1-21. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16022376.pdf> [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 1980-458X
- FILHO, José Soares – Serviço Público: conceito, privatização. **Revista Jus Et Fides**. [Em linha]. Ano 2, n.º 1, (julho, 2002), p. 97-130. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/4169/4169.PDF> [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 2177-1383.
- FREITAS, Rafael Vêras de – Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. **Revista Interesse Público – IP**. [Em linha]. Ano 19, n.º 101, (janeiro/fevereiro, 2017), p. 219-240. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/artigo-rafael-veras.pdf> [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 1984-4387
- FRÍAS, Ana López. **Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal**. Barcelona: Bosch, 1994. ISBN 978-8476982815.
- FROTA, Mário – Os serviços de interesse geral e o princípio fundamental da proteção dos interesses económicos do consumidor. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. N.º 46 (junho, 2006), p. 113-146. ISSN: 0873-9773.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 8502043331.
- GAGLIARDI, Rafael Villar – **A exceção do contrato não cumprido**. São Paulo, 2006. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (polic.ª). Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7246/1/A%20Excecao%20De%20Contrato%20Na%20Cumprido.pdf> [Consult. 16 fev. 2020].
- GOMES, Orlando – **Contratos**. 26.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN: 9788530925208.
- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 3. ISBN 978-85-02-15346-2.

- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1. ISBN 978-85-02-14831-4.
- GONÇALVES, Pedro – Controlo público prévio de actividades privadas: comunicação prévia e autorização administrativa. *In* YSERN, Enrique Rivero; SÁNCHEZ, María Dolores Calvo – **Nuevas formas de control de las administraciones públicas y su repercusión sobre consumidores y usuarios**. Salamanca: Ratio Legis, 2013. ISBN 978-84-940144-9-9.
- GONÇALVES, Pedro – **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 9789723221473.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes – Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. *In* MOREIRA, Vital – **Estudos de regulação pública**. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Vol. 1. ISBN 9789723212303.
- GONTIJO, Maisa Conceição Gomes – **Análise do Princípio da Boa-Fé Objetiva Estatuído no Artigo 422 Do Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte, 2009. Dissertação do Programa de Pós-graduação em Direito, apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (polic.^a). Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GontijoMC_1.pdf [Consult. 29 nov. 2019].
- GONZALEZ, José Alberto – Alienação fiduciária em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras. **Lusíada**. [Em linha]. N.º 10, (setembro, 2012), p. 51-138. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/viewFile/191/183> [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 2182-4118.
- GOUVEIA, Rodrigo – **Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724033716.
- GOUVEIA, Rodrigo – **Os Serviços de Interesse Geral em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1059-2.
- GRAU, Eros Roberto – **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 9788574208954.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes – Tendências do Direito Civil no século XXI. *In* FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. 1.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 93-114. ISBN 9788573089233.
- INOCÊNCIO, Galvão Telles – **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723211030.

- ITURRASPE, Jorge Mosset – **Contratos conexos: grupos y redes de contratos**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999. ISBN 978-950-727-227-1.
- KATAOKA, Eduardo Takemi – **A coligação contratual**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, ISBN: 9788537503607.
- KIRKBY, Mark Bobela-Mota – Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia: do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP: uma alteração do paradigma. *In* MIRANDA, Jorge – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. 1.^a ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2010. Vol. 2, p. 759-809. ISBN 9780000017802.
- KONDER, Carlos Nelson – **Contratos Conexos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN: 8571475849.
- LARENZ, Karl – **Derecho justo: fundamentos de etica jurídica**. Madrid: Civitas, 1993. ISBN: 8473983645.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das obrigações**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2005. Vol. 2. ISBN 9724024504.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier – Os contratos coligados. *In* BRANDELLI, Leonardo – **Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado. Coletânea em Homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera** [Em linha]. 1.^a ed. Porto Alegre: Lejus, 2013, p. 1-33. Disponível em <https://docplayer.com.br/39176946-Os-contratos-coligados.html> [Consult. 12 out. 2020]. ISBN 8574563064.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier – **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 9788520324264.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, Antunes – **Código Civil Anotado**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra, 1987. Vol. 2. ISBN: 9789723207880.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa – **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. ISBN: 85-7453-108-1.
- LORENZETTI, Ricardo Luis – Redes contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor**. N.º 28, (outubro/dezembro, 1998), p. 22-58. ISSN: 1415-7705.
- LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore – **Teoria Geral dos Contratos**. 1.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. ISBN 8522465193.
- MACHADO, Andreia – **Futuro dos Serviços Públicos: Relação entre a Concessão e a Regulação**. Porto, 2013. Dissertação para Mestrado em Direito Administrativo, apresentada

- à Universidade Católica Portuguesa (polic.^a). Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15459/1/AndreiaMachado.pdf> [Consult. 08 mar. 2020].
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo – **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07538-2.
- MARQUES, Cláudia Lima – **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN 8520316913.
- MARTINEZ, Pedro Romano – **Cumprimento Defeituoso, em Especial na Compra e Venda e na Empreitada**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2015. ISBN 9789724060293.
- MARTINS-COSTA, Judith – **A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 1.^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. ISBN: 978-85-66722-35-2.
- MARTINS-COSTA, Judith – **Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro** [Em linha]. [s.l]: [s.n], [sd]. [Consult. 15 jan. 2019]. Disponível em http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/crise_modificacao_ideia_contrato.pdf [Consult. 12 out. 2020].
- MARTINS-COSTA, Judith – O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de informação legislativa**. [Em linha]. N.º 139 (julho/setembro, 1998), p. 5-22. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4> [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 0034-835X.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de direito administrativo**. 21.^a ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.º 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN: 9788574207483.
- MELO, Pedro – **A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 9789724045863.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e – **Da Boa Fé no Direito Civil**. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 9789724010113.
- MIRANDA, Pontes de – **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 26. ISBN 9788520343210.
- MIRANDA, Pontes de – **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 3. ISBN 9788520345238.
- MONTEIRO, António Pinto – A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais. **Estudos de Direito do Consumidor**. [Em linha]. N.º 2, (2000), p. 333-350. Disponível em:

https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_2_completo.pdf [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 1646-0375.

- MOREIRA, Vital – Os Serviços Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. **Revista de Direito Público da Economia**. N.º 1 (janeiro/março, 2003), p. 227-228. ISSN: 1678-7102.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) – **Direito civil: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. 1.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 231-232. ISBN 9788573089233.
- NEGREIROS, Teresa – **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 857147527X.
- NERY JUNIOR, Nelson – Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETO, Domingos [et al.] – **O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 415-435. ISBN 8536106522.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 8520323855.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto – **Princípios de Direito dos Contratos**. Coimbra: Coimbra, 2011. ISBN: 9789723219159.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. 22.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. Vol. 3. ISBN 978-85-02-153462-2.
- PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro – Sobre o conceito e a extensão do sinalagma. In TELLES, Inocência Galvão – **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. Vol. I, p. 395-402. ISBN 9789724035680.
- PRATA, Ana – **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-9724061849.
- REALE, Miguel – **O Projeto de Código Civil**. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. ISBN: 8502027972.
- RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In MARQUES, Claudia Lima – **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 429-454. ISBN 9788520330869.
- RODRIGUES, Silvio – **Direito civil**. 28.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 3. ISBN 850203605x.

- ROSAS, Roberto – Contratos coligados. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. Vol. 2, n.º 3 (janeiro/março, 1978), p. 53–64. ISSN: 0102-8480.
- ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. – O pacta sunt servanda: cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. [Em linha]. Vol. 8, n.º 1, (janeiro/julho, 2008), p. 193-218. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/729/566> [Consult. 12 out. 2020]. ISSN: 1677-6402.
- SCHREIBER, Anderson – **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN: 978-8597006018.
- SILVA, João Calvão da – **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. 2.ª ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1995. ISBN: 9789724017273.
- SILVA, Jorge Andrade da – **Código dos Contratos Públicos: Anotado e Comentado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3817-9.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da – **A Boa-fé e a violação positiva do contrato**. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ISBN 857147437x.
- SILVA, Luiz Renato Ferreira da – **Revisão dos contratos: do Código civil ao Código do consumidor**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN 8530906926.
- SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro – **Lei dos serviços públicos essenciais, anotada e comentada**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 9789724046891.
- SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz – **Novos rumos do direito contratual: Estudos sobre princípios de direito contratual e suas repercussões práticas**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2009. ISBN 9788536114170.
- SOARES, Rogério – O princípio da legalidade e a Administração Constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LVII, (1981), p. 168-180. ISSN: 0303-9773.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de – **O concurso público na formação do contrato administrativo**. 1.ª ed. Lisboa: Lex - Edições Jurídicas, 1994. ISBN 972-9495-34-3.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Contratos Públicos: Direito Administrativo Geral**. 2ª ed. [s.l.]: D. Quixote. Tomo 3. ISBN 9789722038782.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de – **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8.ª ed. [s.l.]: Livraria do Advogado, 2014. ISBN: 9788573488869.

- TARTUCE, Flávio – Contratos Coligados e sua função social. **Carta Forense**. [Em linha]. (agosto, 2012), p. 1. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/contratos-coligados-e-sua-funcao-social/9100>. [Consult. 12 out. 2020].
- TARTUCE, Flávio – **Os direitos da personalidade no novo código civil** [Em linha]. [s.l]: [s.n], [sd]. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_personalidade.doc [Consult. 04 fev. 2019].
- TARTUCE, Flávio – **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 9.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Vol. 3. ISBN 978-85-309-5401-7.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto – Locação comercial coligada com promessa de venda e compra. Desequilíbrio econômico do negócio. Revisão contratual. Princípio da boa-fé objetiva. **Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Vol. 5, n.º 27 (junho/julho, 2009), p. 73–97. ISSN: 1807-9970.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto – **O contrato e seus princípios**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1999. ISBN 8532100872.
- THEODORO JUNIOR, Humberto – **O contrato e sua função social**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 8530919173
- VARELA, João de Matos Antunes – **Das Obrigações em Geral**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 9789724010403.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Contratos Atípicos, Coleção Teses**. 1.^a ed. Coimbra: Libreria Almedina, 1995. ISBN 9724008517.
- WERNER, José Guilherme Vasi – **Direito dos Contratos**. [Em linha]. [s.l]: [s.n], 2014. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_dos_contratos_2014-2_0.pdf [Consult. 12 out. 2020].

Legislação

- CÓDIGO ADMINISTRATIVO. Decreto-Lei n.º 31.095 de 31 de dezembro de 1940. **Diário do Governo**. [Em linha]. N.º 303, 1º Suplemento, Série I (31/12/1940), p. 1637-1740. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/158453> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6553.

CÓDIGO CIVIL. Decreto Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Diário do Governo**. [Em linha]. N.º 47344, I Série (25/11/1966), p. 1883-2086. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/477358/details/normal?l=1> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6553.

CÓDIGO CIVIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. N.º 8, Seção 1 (11/01/2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 1676-2339.

CÓDIGO CIVIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. Col. 1 (05/01/1916), p. 133. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 1676-2339.

CÓDIGO COMMERCIAL DO IMPÉRIO DO BRASIL. Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850. **Collecção da Leis do Império do Brasil**. [Em linha]. Tomo 11 (31/12/1850), p. 57-238. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm [Consult. 13 out. 2020].

CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS. Decreto-Lei n.º 18 de 29 de janeiro de 2008. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 20, Série I (29/01/2008). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/41/2013/p/cons/20190913/pt/html> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6588.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. Seção 1 - Suplemento (12/09/1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 1676-2339

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Lei n.º 41 de 26 de junho de 2013. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 121, Série I (26/06/2013). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/41/2013/p/cons/20190913/pt/html> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6588.

CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. Decreto-Lei n.º 4 de 07 de janeiro de 2015. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 4, Série I (07/01/2015). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/4/2015/p/cons/20150107/pt/html> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6588.

CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. Decreto-Lei n.º 442, de 15 de novembro de 1991. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 263, Série I-A (15/11/1991), p.

5852-5871. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/442/1991/11/15/p/dre/pt/html> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6588.

DECRETO-LEI n.º 133, de 02 de junho de 2009. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 133, Série I (02/06/2009), p. 3438-3452. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/133/2009/06/02/p/dre/pt/html> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6588.

DECRETO-LEI n.º 359, de 02 de junho de 1991. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 218, Série I-A (21/09/1991), p. 4998-5003. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/359/1991/09/21/p/dre/pt/html> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6588.

DIRETIVA 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2008. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. [Em linha]. (23/04/2008). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008L0048> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 1012-9219

DIRETIVA 87/102/CEE do Conselho de 22 de dezembro de 1986. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. [Em linha]. (22/12/1986). Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/75c3b9e8-1a2b-4cf5-953e-ddce95ac0812/language-pt> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 1012-9219

ESTATUTO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS. Lei n.º 114, de 12 de setembro de 2009. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 175, Série I (12/09/2019), p. 3-49. Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/114/2019/09/12/p/dre> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6588.

LEI DE DEFESA DOS CONSUMIDORES. Lei n.º 24 de 31 de julho de 1996. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 176, Série I-A (31/07/1996). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/24/1996/p/cons/20190816/pt/html> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 2184-6588.

LEI n.º 13.116, de 20 de abril de 2015. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. Seção 1, Col. 1, n.º 75 (22/04/2015), p. 10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13116.htm [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 1677-7042

LEI n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. N.º 32, Seção 1 (14/02/1995). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 1676-2339

PROPOSTA DE LEI n.º 20/VII, de 28 de março de 1996. **Diário da República**. [Em linha]. N.º 33, II Série-A (04/04/1996), p. 590-592. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/01/033/1996-04-04/590?pgs=590-592&org=PLC> [Consult. 13 out. 2020]. ISSN: 0870-9971.

Jurisprudência

AGUIAR JR, Ruy Rosado de relat. – Acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp 337.040/AM, de 02 de maio de 2002 [Em linha]. [Consult. 02 abr. 2018]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=22686&num_registro=200100917401&data=20020701&formato=PDF.

ALMEIDA, Hélder relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 509/07.5TBCBR-B.C1, de 26 de maio de 2009 [Em linha]. [Consult. 25 jan. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/6ee0616081f9e260802575ec003ae6eb?OpenDocument>.

ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp 706.417/RJ, 13 de fevereiro de 2007 [Em linha]. [Consult. 18 mar. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=633269&num_registro=200401697885&data=20070312&formato=PDF

ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp981.750/MG, 13 de abril de 2010 [Em linha]. [Consult. 10 abr. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=961599&num_registro=200702038714&data=20100423&formato=PDF.

ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com número 2007/0203871-4, de 13 de abril de 2010 [Em linha]. [Consult. 04 mar 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9385352&num_registro=200702038714&data=20100423&tipo=51&formato=PDF

ANDRIGUI, Nancy relat. – Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp. 977.007/GO, 24 de novembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 28 mar. 2019].

Disponível em
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=931942&num_registro=200701891350&data=20091202&formato=PDF

ARAÚJO, Adilson de relat. – Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com número 1000884-61.2018.8.26.0008, de 26 de novembro de 2018 [Em linha]. [Consult. 14 abr. 2019]. Disponível em
<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=1000884-61.2018.8.26.0008&cdProcesso=RI004TUUA0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=29f5f9cdRbXDUsGCpBRZGjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvFM0nb4oEexavIFmX%2BgP99n01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGxN1IBVi%2FH23joycAJRDvmlniuNgCYLg3MxvlWLJdcV7Ytdm4Uf3enjEehwm7uMVGTX0JBO7cF%2FRvFb9RmsAkD>

ARCANJO, Jorge relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 1198/12.0TBCVL.C1, 11 de fevereiro de 2014 [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f84fe3a3a177700380257c84003b17cb?OpenDocument>

ARCANJO, Jorge relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 17498/11.4YIPRT.C1, de 29 de janeiro de 2013 [Em linha]. [Consult. 14 fev. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f5ec169a7d0ca22d80257b1800383fef>

BERNARDINO, Santos relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 03B573, 12 de junho de 2003 [Em linha]. [Consult. 17 mar. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5020dff3633756f280256db1003daa8b?OpenDocument>

BERNARDINO, Santos relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 674/02.8TJVNF.S1, de 26 de novembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 14 fev. 2019]. Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5a4e6960d6f51dcf8025767a005b17f9?OpenDocument>

CALDAS, Carlos relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número JSTJ00021660, 10 de dezembro de 1992 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/baac84bea20dd7fc802568fc003a7d54?OpenDocument>

CAMEIRA, Nuno relat. – Acórdão da 6ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 1464/11.2TBGRD-A.C1.S1, 12 de novembro de 2013 [Em linha]. [Consult. 10 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/20092f953c21dc0380257c22003a505a?OpenDocument>

CATARINO, Gabriel relat. – Acórdão da 1ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1, 25 de novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 10 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/A0BCFC49297A612080257D9C003EE5EE>

CATARINO, Gabriel relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1, de 25 de novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 14 jan. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/A0BCFC49297A612080257D9C003EE5EE>.

CATARINO, Gabriel relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1, de 25 de novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 14 jan. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/A0BCFC49297A612080257D9C003EE5EE>.

COELHO, Ana de Azeredo relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com número 124980/18.4YIPRT.L1-6, 10 de outubro de 2019 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4e2d54408644b01980258495004ab311?OpenDocument>

FISCHER, Felix relat. – Acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp. 687.336/MG, 15 de março de 2005 [Em linha]. [Consult. 28 abr. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=534365&num_registro=200400946811&data=20050516&formato=PDF

FONSECA, Granja da relat. – Acórdão da 7.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4871/07.1TBBERG.G1.S1, de 22 de janeiro de 2013 [Em linha]. [Consult. 02 abr. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b6bf335b22c7233c80257afd004ee70f?OpenDocument>

FONSECA, Granja da relat. – Acórdão da 7.^a Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4871/07.1TBBRG.G1.S1, de 22 de janeiro de 2013 [Em linha]. [Consult. 02 abr. 2018]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b6bf335b22c7233c80257afd004ee70f?OpenDocument>

FONSECA, Granja da relat. – Acórdão da 7.^a Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4871/07.1TBBRG.G1.S1, de 22 de janeiro de 2013 [Em linha]. [Consult. 02 abr. 2018]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b6bf335b22c7233c80257afd004ee70f?OpenDocument>.

GIUSTINA, Vasco Della relat. – Acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça com número REsp: 985531 SP, 01 de setembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=908813&num_registro=200702212232&data=20091028&formato=PDF

GOMES, Tomé relat. – Acórdão da 2.^a Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 21600/08.5YYLSB-A.S1, 9 de julho de 2015 [Em linha]. [Consult. 02 jan. 2019]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bd63b81c71176d8a80257e81003731ef?OpenDocument>

GOMES, TOMÉ relat. – Acórdão da 2.^a Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 678/11.0TBABT.E1.S1, 22 de outubro de 2015 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9e357578a355faac80257ee60054c827?OpenDocument>

GOMES, Tomé relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 21600/08.5YYLSB-A.S1, de 09 de setembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2019]. Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bd63b81c71176d8a80257e81003731ef?OpenDocument>

LEME, Gilberto relat. – Acórdão da 35.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com número 0052197-37.2007.8.26.0114, 19 de outubro de 2015 [Em linha]. [Consult. 17 abr. 2019]. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>

- MARTINS, Pedro relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 934/07.1TBFND-A.C1, 12 de novembro de 2011 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/65a4220e8ac1ade880257917003dd0f8>.
- MATOS, Manuel relat. – Parecer do Conselho Consultivo da PGR com número PGRP00002698, 13 de março de 2007 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/055ead1657876b1e8025708c003cf606>
- MELLO, Campos relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 934/07.1TBFND-A.C1, 26 de fevereiro de 2015 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172120094/apelacao-apl-18791520108260318-sp-0001879-1520108260318/inteiro-teor-172120108?ref=juris-tabs>.
- PIRES, Sílvia relat. – Acórdão da 1.^a Secção do Tribunal da Relação do Porto com número 1451/08.8TJPRT.P1, de 20 de abril de 2010 [Em linha]. [Consult. 14 abr. 2018]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d29db697ebdee6da8025772a004fcaed?OpenDocument>.
- QUERIDO, Carlos relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 2022/08.4TBFNG.C1, 08 de fevereiro de 2011 [Em linha]. [Consult. 29 mar. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/e812e8c8abda732e80257854005c8e22?OpenDocument>
- RAMIÃO, Tomé relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa com número 611/09.9TVLSB.L1-6, 09 de outubro de 2014 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/41a63aec4220431580257d9d003d6638?OpenDocument>
- RAMOS, Fonseca relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 876/12.9TBBNV-A.L1.S1, de 27 de janeiro de 2015 [Em linha]. [Consult. 08 mar. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6e9316b15c027d0f80257ddb003d0a12?OpenDocument>
- RAMOS, Fonte relat. – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra com número 142115/09.2YIPRT.C1, 14 de julho de 2010 [Em linha]. [Consult. 14 fev. 2019]. Disponível

em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ff2c9e0579c5e821802577a800319f0e?OpenDocument>

REGO, Lopes do relat. – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com número 2841/03.8TCSNT.L1.S1, de 17 de maio de 2012 [Em linha]. [Consult. 14 abr. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/43062520cfe1121a80257a0d0032578b>

RIBAS, Rogério relat. – Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná com número 4095718, de 22 de março de 2006 [Em linha]. [Consult. 14 abr. 2019]. Disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275335/agravo-de-instrumento-ai-4095718-pr-0409571-8>

RIBEIRO, Helena relat. – Acórdão da 1ª Secção - Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Norte com número 00782/10.1BECBR, 20 de novembro de 2014 [Em linha]. [Consult. 25 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/62287e9bb9161cc480257e07005414b1?OpenDocument>

ROCHA, Oliveira relat. – Acórdão da 2ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4913/05.5TBNG.P1.S1, 04 de fevereiro de 2010 [Em linha]. [Consult. 24 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e133a878c0643ec9802576c5003362db?OpenDocument>

ROCHA, Oliveira relat. – Acórdão da 2ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4913/05.5TBNG.P1.S1, 04 de fevereiro de 2010 [Em linha]. [Consult. 24 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e133a878c0643ec9802576c5003362db?OpenDocument>

ROCHA, Oliveira relat. – Acórdão da 2ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 4913/05.5TBNG.P1.S1, 04 de fevereiro de 2010 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e133a878c0643ec9802576c5003362db>

RUÇO, Alberto relat. – Acórdão da 2.^a secção cível do Tribunal da Relação de Coimbra com número 995/05.8TBFND.C1, 03 de dezembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/F8A87F9400A87CCF802576A40054BFB1>

SCHMITT, Lio Cezar relat. – Acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul com número 184037216, 04 de dezembro de 1984 [Em linha]. [Consult. 05 jan. 2019]. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/busca-utils/download?name=tiff-juris&id=22522>

SOBRINHO, Alberto relat. – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto com número 0325505, 16 de dezembro de 2003 [Em linha]. [Consult. 20 out. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/E93EC68743A9735480256E1C0053AF37>.

SOTTOMAYOR, Maria Clara relat. – Acórdão da 1.^a Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 2545/10.5TVLSB.L1.S1, 17 de novembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 24 nov. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/AD3E94B78B31F5CF80257F080057EB17>

SOTTOMAYOR, Maria Clara relat. – Acórdão da 1.^a Secção do Supremo Tribunal de Justiça com número 2545/10.5TVLSB.L1.S1, 17 de novembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 16 fev. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/AD3E94B78B31F5CF80257F080057EB17>

SOUZA REI, Jose Pereira de relat. – Acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás *apud* – PARGENDLER, Ari relat. – Acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça com número REsp. 440.398/GO de 09 de novembro de 2006 [Em linha]. [Consult. 25 mar. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=624402&num_registro=200501356113&data=20061204&formato=PDF

XAVIER, Fernanda relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo com número 033/04, de 03 de novembro de 2004 [Em linha]. [Consult. 06 out. 2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/9bf45c49e270540f80256f56004eccec?OpenDocument&ExpandSection=1>