

Joana Farrajota

**OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO INFUNDADA POR
INCUMPRIMENTO DO CONTRATO**

*Dissertação para Doutoramento em
Direito Privado pela Faculdade de
Direito da Universidade Nova de Lisboa,
sob a orientação do Professor Doutor Rui
Pinto Duarte*

Lisboa, Maio de 2013

ADVERTÊNCIA E ESCLARECIMENTOS

1. Excepção feita a um conjunto reduzido de obras, o presente estudo teve em atenção apenas os elementos publicados até 31 de Agosto de 2012.
2. Todas as disposições legais citadas sem referência expressa ao diploma legal em que se integrem pertencem ao Código Civil português, tal como vigente na presente data.
3. Quando numa só nota se citam diversas obras segue-se a regra da sua ordenação cronológica, da menos recente para a mais recente, salvo quando a exposição imponha critério distinto.
4. Na bibliografia, as obras encontram-se ordenadas por ordem alfabética do último apelido do autor e, dentro de cada autor, pela data de publicação, da mais recente para a mais antiga.
5. A jurisprudência é citada pela indicação do tribunal, data e número de processo. Excepto quando surja indicação em contrário, as decisões jurisprudenciais portuguesas foram obtidas em www.dgsi.pt.

ABREVIATURAS

<i>act.</i>	actualizado(a)
<i>ampl.</i>	ampliado(a)
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
<i>BGH</i>	<i>Bundesgerichtshof</i>
<i>cap.</i>	capítulo
<i>CC</i>	Código Civil português
<i>CCI</i>	Código Civil italiano
<i>CIRE</i>	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
<i>Convenção de Viena</i>	Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, Viena, de 11 de Abril de 1980
<i>CPC</i>	Código de Processo Civil
<i>CRP</i>	Constituição da República Portuguesa
<i>CT</i>	Código do Trabalho
<i>cfr.</i>	conferir
<i>cit.</i>	citado(a)
<i>ed.</i>	edição
<i>n.º</i>	número
<i>NRAU</i>	Novo Regime do Arrendamento Urbano
<i>org.</i>	organizado por
<i>p.</i>	página(s)
<i>PDEC</i>	Princípios de Direito Europeu dos Contratos
<i>RAU</i>	Regime do Arrendamento Urbano
<i>reimp.</i>	reimpressão

<i>rev.</i>	revisto(a)
<i>RJLF</i>	Regime Jurídico do Contrato de Locação Financeira
<i>s.</i>	seguinte
<i>ss.</i>	seguintes
<i>STJ</i>	Supremo Tribunal de Justiça
<i>Trad.</i>	traduzido(a)
<i>UCC</i>	<i>Uniform Commercial Code</i>
<i>vol.</i>	volume
<i>ZPO</i>	<i>Zivilprozessordnung</i>

PLANO

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

- §1. Enunciado do problema e delimitação do objecto de estudo
- §2. Enquadramento do problema

CAPÍTULO II

OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO INFUNDADA EM ALGUNS DIREITOS ESTRANGEIROS

- §1. Direitos de *common law*. A *anticipatory breach*
- §2. A resolução infundada em alguns Direitos romano-germânicos

CAPÍTULO III

OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO INFUNDADA NO DIREITO PORTUGUÊS

- §1. Análise de alguns regimes especiais
- §2. Análise do regime geral
- §3. Hermenêutica da declaração de resolução infundada

CAPÍTULO IV

O VALOR DA RESOLUÇÃO INFUNDADA COMO RECUSA DE CUMPRIMENTO

- §1. A recusa de cumprimento e a progressiva assimilação da regra da *anticipatory breach* noutros Direitos romano-germânicos
- §2. A relevância actual da recusa de cumprimento antes do vencimento na ordem jurídica nacional
- §3. A resolução infundada equiparada ao incumprimento

CAPÍTULO V

A MANUTENÇÃO DO CONTRATO

LIMITES DO DIREITO A CUMPRIR E DO DIREITO AO CUMPRIMENTO

- §1. Nota introdutória
- §2. Direito ao cumprimento e direito a cumprir
- §3. Limites ao exercício da faculdade de manutenção do vínculo

OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO INFUNDADA POR INCUMPRIMENTO DO CONTRATO

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

§1. ENUNCIADO DO PROBLEMA E DELIMITAÇÃO DO OBJECTO DE ESTUDO

§1.1. A DECLARAÇÃO DE RESOLUÇÃO INFUNDADA – APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O direito a resolver um contrato forma-se, na esfera jurídica das partes, como produto da ocorrência de um facto a que aquelas ou a lei tenham associado, como consequência, a respectiva constituição (n.º 1 do artigo 432.º do CC). A mera existência daquele direito potestativo extintivo encontra-se pois condicionada à verificação de um fundamento que, na maioria dos casos, se reconduzirá ao incumprimento contratual¹. Ora, inexistindo qualquer controlo

¹ Não ignoramos que a qualificação da permissão de resolução como direito subjectivo não reúne o consenso da doutrina. Assim, se BAPTISTA MACHADO insere a resolução na categoria de direito potestativo extintivo («Pressupostos da resolução por incumprimento», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 130), MENEZES CORDEIRO prefere antes reconduzi-la à noção de faculdade que define como «(...) conjunto de poderes ou de outras posições activas, unificado numa designação comum», por contraposição com o direito subjectivo, «(...o código de) permissão normativa específica de aproveitamento de um bem» (*Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, tomo IV*, Almedina, 2010, p. 138 e *Tratado de Direito Civil, I*, 4.ª ed. (reformulada e act.), 2012, p. 905 e p. 893). Considerando que o relevo prático da caracterização da resolução como direito subjectivo, faculdade ou poder é, no quadro que aqui nos ocupa, de importância diminuta, não desenvolveremos a complexa questão da destriça entre estas três situações jurídicas activas e a qualificação da resolução à luz dela, referindo-nos pois, sem grandes preocupações de precisão, à resolução como *direito*. Para desenvolvimentos quanto ao conceito de direito subjectivo, a sua evolução e, em especial, a sua distinção dos conceitos de poder e faculdade, veja-se a síntese de CORDEIRO, António Menezes, no *Tratado...cit.*, I, p. 871 a 905, em especial, as páginas 896 a 905, bem como a abundante doutrina nacional e estrangeira – em especial alemã – aí referenciada. Entre nós, quanto ao direito subjectivo, veja-se ainda, por especialmente relevantes: SILVA, Manuel Gomes da, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, I, Tipografia Ramos, 1944, p. 27 a 93; GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, 2000, p. 1179 e ss.; ASCENSÃO,

prévio ao exercício daquela faculdade, designadamente judicial – na medida em que, em regra, esta opera «*mediante declaração à outra parte*» (n.º 1 do artigo 436.º do CC) – pode a declaração de resolução ser emitida sem que tal pressuposto essencial esteja preenchido.

Neste contexto, em que a intervenção do tribunal – a ocorrer – se dá apenas *a posteriori*, isto é, depois de declarada a resolução, assume especial relevância a determinação dos efeitos deste acto quando seja emitido sem o necessário fundamento. Sucede que não há preceito legal que disponha sobre a matéria de modo geral. Apenas em alguns (raros) tipos contratuais – como o contrato de trabalho – encontramos a consagração legal expressa de um regime da resolução infundada.

Perante tal ausência de regulação legal *geral* dos efeitos da resolução *contra legem*, por um lado e, por outro, a manifesta dificuldade em determinar a existência de uma situação de inadimplemento e de delinear o limiar mínimo de gravidade do incumprimento relevante para efeitos do surgimento de um direito de resolução², seria expectável que esta problemática tivesse sido objecto de especial atenção por parte da doutrina e jurisprudência nacionais, à semelhança do que hoje sucede, por exemplo, na ordem jurídica francesa, perante o crescente reconhecimento da figura da resolução extrajudicial. Tal não

José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil*, III, Coimbra Editora, 2002, p. 63 e ss.; FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.ª ed., Lex, 2010, p. 567 e ss.; e VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Almedina, 2010, p. 669 e ss.

² O ante-projecto de 2009 do Quadro Comum de Referência, sensível a esta dificuldade, procurou, no artigo 3:502, concretizar o conceito de incumprimento relevante: «(2) *L'inexécution d'une obligation contractuelle est essentielle si (a) elle prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, pour le tout ou pour une part significative de l'exécution, à moins que le débiteur au moment de la conclusion du contrat n'ait pas prévu ou n'ait pas pu raisonnablement prévoir ce résultat, (b) ou elle est intentionnelle ou inexcusable et donne à croire au créancier qu'il ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par le débiteur*». Quanto ao projecto do Quadro Comum de Referência, veja-se, para mais desenvolvimentos, BEALE, Hugh, «The Future of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 3, p. 257 a 276; LANDO, Ole, «The Structure and the Legal values of the Common Frame of Reference (CFR)», *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 3, p. 245 a 256; GRUNDMANN, Stefan, «The Structure of the DCFR», *European Review of Contract Law*, vol. 4, 2008, n.º 3, p. 225 a 247; e SCHULZE, Reiner, e WILHELMSSON, Thomas, «From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules», *European Review of Contract Law*, vol. 4, 2008, n.º 2, p. 154 e ss.

é o caso, sendo tanto o debate, como a produção doutrinal e jurisprudencial sobre o tema escassos³.

Parte significativa da doutrina e jurisprudência nacionais tende a aceitar a tese segundo a qual a resolução, operando através de declaração receptícia, se produz no momento em que esta chega ao poder/conhecimento da contraparte, extinguindo nesse momento o contrato, independentemente de a resolução ser fundada ou não⁴. O princípio de liberdade de forma a que o exercício da resolução se encontra sujeito, bem como a natureza potestativa do direito em causa surgem como os fundamentos mais comuns para sustentar a posição adoptada. Assim, declarada a resolução, ainda que em violação da lei, seria o contrato destruído, sem prejuízo de posteriormente o vínculo poder vir a ser «restaurado» por decisão judicial que reconhecesse a ilicitude do acto.

A ausência de debate sobre a matéria, visível numa aceitação generalizada da orientação acima exposta, poderia ser então um sintoma da manifesta *simplicidade* do tema. Tal hipótese é todavia contraditada pelo tratamento nebuloso de que é objecto, visível de forma particularmente gritante na jurisprudência nacional que, ao decidir sobre a questão, raramente oferece uma fundamentação clara, lógica e sustentada.

A verdade é que a tese predominante quanto aos efeitos da declaração de resolução emitida em desconformidade com a lei encerra inúmeras imprecisões, caracterizando-se por uma ausência de transparência quanto ao *iter* percorrido para atingir as conclusões avançadas. Por outro lado, não nos surge como evidente a admissibilidade daquela orientação, em especial quando analisada à luz de determinados princípios fundamentais do ordenamento jurídico

³ Manifestando igual desapontamento quanto ao tratamento da matéria pela doutrina portuguesa, veja-se CRISTAS, Assunção, «É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?», *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Almedina, 2008, p. 59.

⁴ Veja-se, por todos, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação do Contrato*, 2.^a ed., Almedina, 2006, p. 185: «[a] resolução determina a imediata cessação do vínculo, produzindo o efeito extintivo logo que a declaração de vontade chega ao poder do destinatário ou é dele conhecida (art. 224^o, n.º 1 do CC)».

nacional. De facto, como compatibilizar a protecção de princípios como o *pacta sunt servanda*, em especial na vertente da estabilidade, o da confiança, o da boa fé e o da proporcionalidade, entre outros, com o reconhecimento da plena eficácia de uma actuação claramente desconforme com o ordenamento jurídico⁵?

É certo que, mesmo no quadro da orientação em análise, segundo a qual a declaração resolutiva produz inelutavelmente a extinção do vínculo contratual, se reconhece à contraparte o direito a contestar judicialmente a resolução, podendo os tribunais, mediante o reconhecimento da respectiva ilicitude, determinar a subsistência do vínculo e condenar o declarante a indemnizar a parte lesada pelos danos sofridos. De facto, ainda que o vínculo não seja restaurado, reconhecem os tribunais (em regra) ao declaratário o direito a ser indemnizado pelos danos sofridos em resultado daquele comportamento. Os interesses do declaratário não são pois desconsiderados – em absoluto – pela solução acolhida pela maioria da doutrina. Muito embora assim o seja, a verdade é que esta orientação privilegia a liberdade de desvinculação do declarante em detrimento da protecção da estabilidade do vínculo contratual, das expectativas criadas com a celebração do negócio jurídico na contraparte. Ora, não obstante tratar-se de matéria de relevância fundamental, a literatura jurídica e a jurisprudência são parcas na justificação de tal opção, não deixando transparecer o juízo, a ponderação de interesses e de valores presentes que terão conduzido à respectiva adopção.

Por outro lado, esta abordagem da declaração de resolução ilícita⁶ assenta numa visão da mesma enquanto elemento externo ao contrato, dirigido à sua

⁵ Veja-se, a título de exemplo, CARVALHO FERNANDES que, a propósito dos actos ilícitos, afirma: «[n]ormalmente, só no acto lícito a manifestação de vontade do seu autor é acompanhada da produção de efeitos favoráveis ao agente ou por ele pretendidos. O acto ilícito não pode ter, em geral, essa eficácia, pela simples razão de ser contrário à lei» (*Teoria...cit.*, II, p. 26).

⁶ A expressão resolução ilícita será, em regra, utilizada de forma restrita no presente estudo, tendo em conta o respectivo objecto e a sua delimitação, o que significa que se cinge aos casos em que a contrariedade à lei da declaração resolutiva resulta da ausência de uma situação de

extinção. Ora, parece-nos, esta *autonomia* do acto resolutivo face ao contrato não deve ser aceite sem mais como premissa na análise da questão objecto do presente estudo. Parte da doutrina, não reconhecendo, precisamente, ao acto de resolução autonomia em relação ao contrato, analisa-o como parte integrante da estrutura complexa do mesmo, entendendo por isso que deve ser *avaliado* como modo de cumprimento ou incumprimento do contrato⁷.

É neste quadro que alguns Autores reconduzem a resolução infundada à figura da declaração antecipada (definitiva e terminante) de não cumprimento e uma minoria lhe reconhece a natureza de acto de incumprimento contratual⁸ (seja incumprimento *stricto sensu*, seja incumprimento antecipado do contrato – *anticipatory breach*).

A equiparação da declaração de resolução infundada ao incumprimento permite-nos abordar a questão dos seus efeitos de um outro ângulo, levantando um novo conjunto de questões. Desde logo, quanto ao objecto específico do incumprimento: que obrigação ou dever contratual é violado? Tratar-se-á na realidade de um incumprimento *presente* ou deverá antes a declaração de resolução sem fundamento ser reconduzida à figura – relutantemente aceite pela doutrina nacional – da *anticipatory breach*? Por outro lado, a recondução da declaração de resolução infundada ao incumprimento traduz-se no reconhecimento da faculdade de o declaratório recorrer aos instrumentos de reacção a uma situação de inadimplemento previstos na lei. De entre estes, assume especial relevo, em resultado da hipótese em análise em que uma das partes manifestou de forma clara a vontade de se desvincular do contrato, a faculdade de manutenção do contrato e, em particular, a identificação dos respectivos limites. Finalmente, dever-se-á ainda questionar se esta equiparação

incumprimento definitivo que constitua fundamento bastante para o surgimento do direito potestativo de resolução. Não se pretende assim fazer referência a quaisquer outras causas de ilicitude da resolução (*v.g.*, vício de forma).

⁷ Veja-se, neste sentido, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 221.

⁸ Veja-se, neste sentido, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 221.

entre resolução infundada e incumprimento permite assegurar uma tutela mais equilibrada dos interesses das partes perante a vontade de uma de romper o vínculo negocial que as une. São estas algumas das questões que pretendemos abordar no presente estudo.

§1.2. DELIMITAÇÃO DO OBJECTO DE ESTUDO

A presente tese tem como objecto a análise dos efeitos da declaração de resolução infundada por incumprimento no universo dos contratos que criam relações de carácter duradouro (*Dauerschuldverhältnisse*).

A opção pelo *interesse das partes no modo de execução do contrato*⁹ como critério de delimitação do objecto de estudo resultou, essencialmente, do

⁹ Sem prejuízo do posterior desenvolvimento da temática das relações de execução duradoura (veja-se *infra*, capítulo V, §3.3., 1.), importa esclarecer desde já a adopção do critério do *interesse das partes no modo de execução do contrato* como instrumento de distinção entre aquelas e as relações de execução instantânea. A nossa opção resultou, fundamentalmente, da constatação da insuficiência do *tempo de execução* – a que frequentemente a doutrina recorre (veja-se, entre outros, ANTUNES VARELA que se refere ao *tempo da realização da prestação*, ainda que, adiante, saliente que «[n]ão basta, com efeito, que a relação contratual se protele no tempo, para que haja uma prestação duradoura (...)», *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2000, p. 92 e nota de rodapé n.º 2, ou ALMEIDA COSTA que se refere à *maneira da realização temporal da prestação*, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2009, p. 699) – como pedra de toque para operar tal distinção. Com efeito, recorrendo apenas a este critério, seriam reconduzíveis à categoria das relações de execução duradoura contratos cuja natureza duradoura é meramente aparente, designadamente *spot contracts* de execução diferida – seja para um momento único no tempo, seja, nos casos em que o cumprimento se encontra fraccionado em várias prestações, para diferentes momentos (veja-se, em particular quanto à distinção entre contrato de execução duradoura e o contrato de compra e venda a prestações com reserva de propriedade, COSTA, Mário Júlio Almeida, anotação ao acórdão de 24.01.1985, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 338 a 339 e 382 a 384 e VARELA, João Antunes, anotação ao acórdão de 24.01.1985, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 122, p. 316 a 320 e 367 a 369). Nas obrigações duradouras, o tempo assume uma importância que se reflecte para além da mera execução prolongada das prestações. O tempo tem uma *influência decisiva na conformação global da prestação* (neste sentido, VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, I, p. 92) e, sobretudo, é algo de *querido* pelas partes. As relações duradouras surgem para suprir necessidades de natureza não transitória, sejam estas contínuas ou periódicas, pelo que só um modo de execução duradoura, em que o cumprimento se vai realizando por um período de tempo mais ou menos longo, permite satisfazer de forma adequada o interesse daquelas. Nesta linha, CARLOS MOTA PINTO sintetiza a distinção entre relações de execução instantânea e duradoura, nos seguintes termos: quanto à primeira categoria, «(...) para o credor, quanto mais curta for a sua existência, tanto melhor», já no que respeita à segunda, «(...) para o credor, quanto mais

carácter fundamental que assume a discussão em torno do direito à manutenção do contrato num particular contexto em que foi emitida uma declaração de resolução sem fundamento. Neste quadro, em que uma das partes manifestou, de forma inequívoca, uma vontade de se desvincular, a análise dos limites do direito à manutenção da contraparte, situado no centro da tensão entre dois vectores fundamentais do Direito dos Contratos que opõem, *lato sensu*, *segurança* e *estabilidade*, de um lado, e *liberdade*, de outro, adquire uma relevância acrescida.

Ora, a questão da subsistência do contrato assume especial significado no quadro dos contratos em que o cumprimento e a satisfação do interesse do credor se prolongam no tempo, quando a *duração* do contrato é essencial à satisfação do interesse das partes, *i.e.*, no universo dos contratos de execução duradoura¹⁰.

Tal constatação conduziu-nos a uma decisão de circunscrição do presente estudo às relações de execução duradoura e, conseqüentemente, de exclusão das relações de execução instantânea, razão pela qual tipos contratuais de importância fundamental no mercado jurídico, como a compra e venda – exemplo paradigmático do contrato de execução instantânea, a empreitada¹¹ ou a doação não serão objecto de análise.

durarem, tanto melhor» (*Cessão da Posição Contratual*, reimpr. da edição de 1970, Almedina, 1982, p. 43, nota de rodapé n.º 1).

¹⁰ Embora com contornos diversos – na medida em que não se trata aqui de satisfazer necessidades de natureza não transitória das partes –, a questão da manutenção do contrato pode ainda suscitar-se no quadro dos contratos de execução instantânea *diferida*, seja em resultado da natureza da prestação, seja por vontade das partes. Quanto à extensão a estes de alguns elementos do regime jurídico aplicável aos contratos de execução duradoura, veja-se MACHADO, João Baptista, anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 271 a 282 e FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004, p. 563, nota de rodapé n.º 600. Veja-se ainda, *infra*, notas de rodapé n.º 1197 e 1274.

¹¹ No que concerne ao contrato de empreitada, atendendo, por um lado, ao critério de identificação de relações de execução duradoura adoptado (ver *supra* nota de rodapé n.º 9) e, por outro, a que o interesse do dono da obra se satisfaz apenas com a conclusão da mesma e não com a realização de partes desta, parece-nos mais adequado a respectiva inserção no universo dos contratos de execução instantânea. Neste sentido, afirma P. ROMANO MARTÍNEZ: «(...) não se

O cingir da presente análise às relações de execução duradoura foi pois o produto, não de uma convicção de que as soluções – no que respeita às questões essenciais abordadas no presente estudo¹² – aplicáveis a esta modalidade contratual seriam diversas, mas, essencialmente, da constatação da irrelevância, no contexto dos *spot contracts*, de uma das problemáticas centrais da tese: os limites do direito da parte a quem foi declarada a resolução sem fundamento a manter o contrato¹³.

*pode considerar a empreitada como um verdadeiro contrato de execução continuada ou periódica, porque cada acto singular de execução, realizado pelo empreiteiro, não satisfaz uma parte correspondente do interesse do comitente, que só se realiza plenamente com a entrega da obra» (Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos. Compra e venda, Locação, Empreitada, 2.ª ed., Almedina, 2001 p. 363). O tempo de execução da prestação no contrato de empreitada não é, em regra, algo de querido pelas partes, mas algo que decorre necessariamente da natureza do objecto da prestação, por um lado e, por outro, não faz variar o conteúdo da prestação global, dois elementos essenciais na caracterização de uma relação como duradoura. Por esta razão não será o respectivo regime objecto de uma análise autónoma. Salientando igualmente a natureza não duradoura do contrato de empreitada, veja-se VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, I, p. 92, nota de rodapé n.º 2 e p. 96 e s. Não ignoramos contudo que alguma doutrina e jurisprudência reconhece no contrato de empreitada uma relação de execução duradoura. Veja-se, designadamente, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18.10.2007 (processo n.º 07A2741) e da Relação de Lisboa de 16.01.1990 (processo n.º 2623, ambos disponíveis em www.dgsi.pt). Também P. ROMANO MARTÍNEZ, embora não reconhecendo, em geral, na empreitada um contrato de execução duradoura, admite que em alguns casos – empreitadas de manutenção – poderá assumir esta natureza (*Direito das Obrigações (Parte Especial)...cit.*, p. 362 e s. e 489). A este propósito refira-se ainda que, sem prejuízo da nossa posição quanto à qualificação do contrato de empreitada como um contrato de execução instantânea, entendemos, na linha de BAPTISTA MACHADO (veja-se, designadamente, a anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 271 a 282) e CARNEIRO DA FRADA (*Teoria...cit.*, p. 563, nota de rodapé n.º 600), que algumas das características desta relação, designadamente o carácter prolongado no tempo da execução, a aproximam das relações de execução duradoura, justificando por isso a extensão a esta de alguns elementos do regime jurídico a que aquelas se encontram sujeitas, como teremos oportunidade de constatar pontualmente ao longo da tese. Refira-se, a título de exemplo, a sujeição, por parte da doutrina e jurisprudência, destes contratos ao regime do n.º 2 do artigo 434.º do CC. Assim, o acórdão do STJ de 10.11.1987, em que o tribunal reconhece que apesar do contrato de empreitada não ser, em bom rigor, um contrato de execução duradoura «(...) não deixa de ser, sob múltiplos aspectos um contrato de eficácia duradoura», razão pela qual entende ser-lhe aplicável o n.º 2 do artigo 434.º do CC (disponível em www.dgsi.pt, processo n.º 075313). Em sentido contrário, VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, I, p. 97. Veja-se, ainda, *infra*, nota de rodapé n.º 1197.*

¹² Como se sabe, o regime jurídico a que se encontram sujeitas as relações de execução duradoura diverge em alguns pontos daquele aplicável às relações de execução instantânea, desde logo, no que concerne aos efeitos da resolução (*v.g.*, n.º 2 do artigo 434.º).

¹³ Neste sentido, MESTRE, Jacques, «Rupture abusive et maintien du contrat», *Revue des Contrats*, n.º 1, Janeiro de 2005, p. 99.

Em razão do objecto do presente estudo, bem como por uma necessidade de delimitação do mesmo, não desenvolveremos aqui a análise dos pressupostos da resolução e, em especial, a problemática do incumprimento relevante para o exercício desta faculdade. Adicionalmente, centrando-se a tese na figura da resolução por incumprimento, deixaremos de fora, entre outras, a resolução fundada em alteração das circunstâncias, bem como, logicamente, a resolução *ad nutum*.

Identificado o objecto da tese, bem como as coordenadas gerais que orientarão a nossa abordagem, importa agora esclarecer o caminho que nos propomos percorrer.

§1.3. SEQUÊNCIA

Iniciaremos o presente estudo por um breve enquadramento do problema que nos propomos tratar, através de uma referência sintética às características essenciais do instituto da resolução, conducente à apresentação do objecto central da tese, a resolução infundada.

Finda a fase introdutória e encontrando-se o tratamento da resolução infundada numa fase pouco desenvolvida no sistema jurídico nacional, revela-se particularmente relevante o estudo daquela figura nas ordens jurídicas de *common law* e em algumas ordens da família romano-germânica¹⁴, tais como a

¹⁴ Optou-se aqui pela classificação proposta por RENÉ DAVID e CAMILLE JAUFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.ª ed., Éditions Dalloz, 2002, p. 25 ss., seguida na doutrina portuguesa por FERREIRA DE ALMEIDA (*Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª ed., Almedina, 1998, p. 33 ss.). Já KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ (*Introduction to Comparative Law*, trad. Tony Weir, Clarendon Press, 1992, p. 63 ss.) optam por dividir a família romano-germânica em três círculos autónomos: o círculo romanístico, onde se incluem, nomeadamente, o direito francês, italiano e português (p. 76 e ss.); o círculo germânico, onde se destacam os direitos alemão e suíço (p. 138 e ss.); e o círculo nórdico, composto pelos direitos escandinavos (p. 286 e ss.). Veja-se, para uma reflexão sobre os diferentes critérios de agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias, DUARTE, Rui Pinto, «Uma introdução ao Direito Comparado», *O Direito*, ano 138, IV, 2006, p. 787 e ss. e VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, vol. I, 2.ª ed. rev e act., Almedina, 2012, p. 55 e ss.

alemã, a italiana e a francesa. O segundo capítulo será assim dedicado ao estudo do tratamento dos efeitos da resolução infundada em algumas ordens jurídicas estrangeiras, com especial enfoque, nos Direitos de *common law*, na figura da *anticipatory breach*.

Realizada esta incursão por outros Direitos, procuraremos no terceiro capítulo da tese lançar as bases para um re-enquadramento dogmático da resolução infundada na ordem jurídica nacional.

Não esclarecendo a lei (geral) de forma expressa e inequívoca a questão central do nosso estudo e tendo o legislador curado desta matéria – directa ou indirectamente – a propósito de alguns contratos em especial, seja no próprio texto do CC, seja em diplomas avulsos, tomaremos como ponto de partida a análise das (escassas) disposições legais que abordam a questão da ilicitude da resolução num conjunto definido de tipos contratuais¹⁵.

Com base nos elementos recolhidos, bem como no regime geral do direito de resolução, prosseguiremos com vista ao esclarecimento dos efeitos da desconformidade desta declaração com a lei, em especial, quanto à sua eficácia e efeitos na vigência do contrato, centrando-nos na questão da ilicitude e (in)validade do acto.

Determinada a relevância jurídica desta declaração enquanto acto autónomo dirigido à destruição do contrato, propomo-nos em seguida analisar a problemática dos efeitos da resolução infundada de um outro ângulo, centrando-nos agora nos efeitos desta na execução do contrato, atendendo, em particular, ao respectivo valor sintomático, enquanto manifestação de uma intenção de não cumprir o contrato.

O capítulo IV da tese dirigir-se-á assim ao estudo do valor da resolução infundada enquanto recusa de cumprimento emitida antes do vencimento. O

¹⁵ À análise de alguns tipos contratuais optou-se por acrescentar o regime da insolvência, pelo interesse resultante das regras que contém quanto aos efeitos daquela nos negócios em curso, bem como quanto ao regime da resolução em benefício da massa insolvente.

esclarecimento de tal questão pressupõe a prévia determinação da relevância actual na ordem jurídica nacional da recusa de cumprimento. Ora, ao contrário do que sucede nos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxónica, em que há muito que o *valor e os efeitos* daquele *sintoma de incumprimento contratual* constituem matéria assente, no Direito nacional trata-se de um tema que não reúne consenso. Pelo que, com vista à determinação do significado jurídico da recusa de cumprimento no Direito português, começaremos por uma análise do tratamento que esta figura tem vindo a receber em algumas ordens da família romano-germânica que se lhe revelaram mais permeáveis, para num segundo momento nos dedicarmos ao estado da arte nacional.

Esclarecida em que medida é que a recusa de cumprimento, em geral, e a declaração de resolução infundada, em particular, por consubstanciarem uma verdadeira ruptura com a declaração de vinculação emitida aquando da celebração do contrato, podem ou devem ser equiparadas ao incumprimento, importa, em seguida, aclarar o(s) fundamento(s) de tal posição. Trata-se, de facto, de uma questão complexa, não sendo a identificação, *in casu*, de uma efectiva situação de incumprimento, a respectiva natureza e objecto evidentes.

Determinadas as consequências da declaração de resolução na relação entre as partes e na esfera jurídica da parte *lesada*, em particular o surgimento da faculdade de recorrer aos instrumentos previstos na lei para reagir perante uma situação de incumprimento, face, por um lado, à escassez da literatura jurídica nacional quanto à faculdade de manter o contrato e, por outro, à essencialidade da mesma, optámos por centrar o capítulo V da tese na análise deste direito, em particular, dos respectivos limites.

Pressupondo a delimitação do direito à manutenção o esclarecimento prévio do que se entende por «direito ao cumprimento» e por «direito a cumprir», será este o nosso ponto de partida. Em seguida, centrar-nos-emos no estudo dos limites ao direito ao cumprimento em algumas ordens jurídicas da

família romano-germânica, tais como a alemã e a italiana, prosseguindo com uma incursão nos Direitos norte-americano e inglês.

A análise destes ordenamentos e de alguns casos específicos de limitação ao direito à manutenção contribuirá, espera-se, para uma leitura mais completa do Direito nacional e, a final, para a definição de um critério operativo que nos permita traçar de forma mais clara os contornos daquela faculdade no contexto particular da reacção a uma declaração de resolução infundada. Tal constituirá o objecto da secção final da tese.

Frisa-se que não é nossa intenção proceder a um estudo de Direito Comparado, sendo as incursões nos Direitos estrangeiros realizadas ao longo da tese orientadas pela utilidade que as suas soluções, nas várias matérias, oferecem (e, naturalmente, pela capacidade de acesso aos mesmos).

§2. ENQUADRAMENTO DO PROBLEMA

§2.1. BREVES NOTAS SOBRE A RESOLUÇÃO EM GERAL

O Código Civil de 1966 recorre ao termo *resolução* para designar, *grosso modo*, um acto unilateral, vinculado, de destruição de um vínculo obrigacional validamente constituído, cujo regime geral se encontra definido no CC, nos artigos 432.^o a 436.^o¹⁶. De entre as diferentes acepções em que o termo *resolução* é utilizado é esta que nos interessa. Na presente secção procuraremos delimitar o sentido e alcance do mesmo, começando por traçar as respectivas fronteiras em relação a outras causas de extinção do negócio jurídico¹⁷.

¹⁶ O termo *resolução*, ainda que sem qualquer tradição, como chama a atenção BRANDÃO PROENÇA (*A Resolução do Contrato no Direito Civil – Do Enquadramento e Do Regime*, reimp. da edição de 1982, Coimbra Editora, 2006, p. 12, nota de rodapé n.º 3), surge já no Código de Seabra, no artigo 1314.^o, no quadro da parceria pecuária: «[e]m todo o caso, o proprietário poderá fazer resolver o contracto, se o pençador não cumprir as suas obrigações».

¹⁷ Sem prejuízo de algumas notas pontuais, entendemos que o *rastreio* do surgimento, na lei e na literatura jurídica nacionais, do termo e do conceito de *resolução* na acepção constante do Código Civil vigente extravasa em larga medida a tarefa proposta, pelo que decidimos excluir este tema da nossa análise, remetendo para mais desenvolvimentos sobre o mesmo para, entre outros, MAIA, José M. Barbosa dos Reis, *Direito Geral das Obrigações. Parte I. Das Obrigações em Geral e dos*

1. A resolução enquanto causa de extinção do contrato

Breve referência a outras formas de cessação do contrato

No que concerne às causas de extinção dos contratos, a maioria da doutrina portuguesa actual tende a distinguir quatro: a caducidade, a denúncia, a revogação e a resolução.

Antes de avançarmos, impõem-se três breves notas quanto a esta tipologia que adoptámos para efeitos da nossa exposição. Desde logo e apesar de a enumeração apresentada ser comum na literatura jurídica¹⁸, a distinção entre os diferentes institutos surge, por vezes, tanto na doutrina como na própria lei, pouco clara. Assim, designadamente no que concerne ao Código Civil vigente, muito embora este exprima um esforço de afastamento da ambiguidade legal e conceptual do Código de Seabra quanto às formas de cessação dos contratos, mantém, como teremos oportunidade de constatar pontualmente, alguma incoerência na qualificação de certas situações extintivas (*v.g.*, a «revogação» da doação por ingratidão, artigos 970.º a 979.º do CC)^{19/20}. Por outro lado, esta

Contratos, Companhia Editora do Minho, 1926, p. 398 e ss.; TELLES, Inocêncio Galvão, *Dos Contratos em Geral*, 2.ª ed., rev. act. e aumentada, Coimbra Editora, 1962, p. 345 a 350 – em especial quanto à ambiguidade conceptual do Código de Seabra; e PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução...cit.*, p. 11 e ss.

¹⁸ Assim, entre outros, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria...cit.*, III, p. 333 e ss.; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, reimp. da 4.ª ed. de 2005, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2012, p. 627 e ss.; FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria...cit.*, p. 480 e ss.; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 337 e ss.; e VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...cit.*, p. 771 e ss. Apresentando uma tipologia diversa, em que revogação, rescisão e caducidade se incluem dentro da denominação genérica de *resolução*, TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral* (refundido e actualizado), 4.ª ed., Coimbra Editora, 2002, p. 382

¹⁹ Veja-se, neste sentido, quanto à revogação da doação por ingratidão, TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual...cit.*, p. 382. Apontando diferentes exemplos de confusão terminológica na lei, quanto às causas de extinção dos negócios jurídicos, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria...cit.*, III, designadamente, p. 335 e 337; e FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria...cit.*, II, p. 480. Veja-se ainda, em particular quanto à dificuldade de distinção entre a revogação, a resolução e a denúncia, MACHADO, João Baptista, anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 278 e s., nota de rodapé n.º 9.

organização dos modos de extinção das obrigações não parece obedecer a um critério único. E isto porque o elemento de que (pensamos) os quatro comungam – trata-se em todos os casos de formas de extinção de negócios jurídicos válidos resultantes da ocorrência de um facto superveniente ao surgimento do negócio – se encontra presente noutras figuras, como por exemplo a impugnação pauliana, que foram excluídas²¹. Finalmente, a terceira nota prende-se com o facto de esta sistematização agrupar tanto *actos* que visam a extinção do contrato como *efeitos*, i.e., a própria cessação do contrato. Assim, a revogação e a denúncia – actos – e a caducidade – efeito²². A *resolução* pode preencher as duas categorias, assumindo a forma de acto quando surge como declaração dirigida à destruição do contrato – assim a declaração de cessação do contrato emitida pelo senhorio com fundamento em mora no pagamento da renda superior a dois meses (artigos 1083.º, n.º 3 e 1084.º, n.º 2 do CC) – e de efeito quando resulta automaticamente da verificação de determinado facto, como sucede em caso de incumprimento da obrigação de pagamento do prémio no contrato de seguro (n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-lei n.º 72/2008, de 16 de Abril).

Não é nosso propósito aprofundar o tema. Não obstante, por entendermos tratar-se de matéria relevante para a própria definição do objecto que aqui nos ocupa, procuraremos em seguida delinear, ainda que de forma breve, aqueles institutos jurídicos.

²⁰ Note-se que esta *confusão terminológica* não é exclusiva da ordem jurídica portuguesa. Assim, por exemplo, a propósito dos diferentes termos a que o CC Espanhol recorre – *revocación, renuncia, resolución, rescisión, desistimiento* – ALBALADEJO afirma que «(...) no se puede confiar en la terminología que nuestro Derecho, jurisprudencia y doctrina, manejan, generalmente sin rigor (...)», preferindo antes «(...) ver el fondo de cada caso independientemente del nombre con el que la ley (o las partes) lo designe» (*Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, I*, 10.ª ed., José Maria Bosch Editor, 1997, p. 471). Veja-se ainda, para exemplos adicionais de nebulosidade na distinção das formas de extinção negocial nas ordens jurídicas italiana, francesa e alemã, PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução...cit.*, p. 39, nota de rodapé n.º 69.

²¹ Diversamente, BRANDÃO PROENÇA apresenta uma *organização* das formas de extinção dos negócios jurídicos em que inclui ao lado da denúncia, da revogação, da caducidade e da resolução, a impugnação pauliana (*A Resolução...cit.*, p. 36 e ss.).

²² Chamando a atenção para este facto, VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...cit.*, p. 775.

1.1. Caducidade

Em termos amplos pode dizer-se que a caducidade corresponde à extinção, *ex nunc*, de uma situação jurídica, *ipso iure*, pelo decurso do tempo – principal causa de caducidade – ou pela verificação de qualquer facto superveniente a que se atribua um efeito extintivo do vínculo contratual (*v.g.*, a extinção do comodato por morte do comodatário, artigo 1141.º). Trata-se, como se referiu anteriormente, de um efeito automático de extinção de um negócio jurídico que não depende da prática de um acto, ao contrário do que sucede com a revogação, a denúncia ou a resolução.

Merece ainda referência, no quadro deste instituto, a *condição resolutiva*, na medida em que aglutina elementos próprios da caducidade – a extinção do vínculo dá-se automaticamente, pela simples verificação do facto previsto, sem a necessidade de uma qualquer declaração de vontade – de um lado, e da resolução, por outro – o legislador remete, no que diz respeito aos efeitos da verificação da condição, para o regime jurídico da resolução, determinando pois, em regra, a respectiva eficácia retroactiva (artigos 276.º e 277.º)²³.

1.2. Denúncia

A denúncia consiste, *grosso modo*, numa forma de fazer cessar unilateralmente um contrato de duração indeterminada, impedindo a sua prossecução ou a sua renovação automática. A relação contratual extingue-se assim apenas para o *futuro*. O exercício da denúncia é, em regra, livre (*ad libitum*), não dependendo da verificação de qualquer fundamento. Apenas excepcionalmente se encontrará o exercício desta faculdade vinculado por lei,

²³ Veja-se, para mais desenvolvimentos, CASTRO, Aníbal de, *A caducidade: na doutrina, na lei e na jurisprudência: caducidade resolutiva*, 2.ª ed. (act.), Petrony, 1980, p. 208. Quanto à caducidade, em geral, veja-se ainda MARQUES, J. Dias, *Teoria Geral da Caducidade*, Empresa Nacional de Publicidade, 1953; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...cit.*, p. 630 e s.; e MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 41 e ss.

como por exemplo sucede no regime do arrendamento urbano que prevê uma forma de *denúncia justificada* (alíneas a) e b) do artigo 1101.º e artigo 1103.º do CC)²⁴.

A denúncia em sentido próprio distingue-se pois com facilidade tanto da resolução, na medida em que não carece de fundamento e não tem eficácia retroactiva, como da revogação, caracterizada pela bilateralidade.

Muito embora a denúncia não se encontre regulada na lei em termos gerais, entende-se que, por exigência de boa fé, a parte que denuncia deve fazê-lo com um pré-aviso razoável sobre o momento da extinção, a determinar de acordo com o caso em concreto²⁵.

A doutrina distingue, tradicionalmente, três modalidades de denúncia: a denúncia como forma de cessação de relações de duração indeterminada; a denúncia como forma de obstar à renovação automática de um contrato; e, finalmente, a denúncia como meio de desvinculação, instrumento que permite à parte «desistir» da execução do contrato. Note-se que esta última modalidade tem uma natureza excepcional, dependendo de uma previsão legal ou contratual.

A propósito ainda das modalidades da denúncia, refira-se apenas a distinção operada por alguma doutrina entre esta e a *oposição à renovação*, figura que surge, por exemplo, no âmbito do regime do arrendamento urbano para habitação, nos artigos 1096.º e ss. do CC. Segundo esta orientação, a oposição à renovação, por contraposição com a denúncia, não extinguiria o contrato,

²⁴ A qualificação de tal faculdade como denúncia em sentido próprio é, por esta razão, discutível. Veja-se, quanto a este ponto, GOMES, Manuel Januário da Costa «Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento. Considerações gerais», *O Direito*, ano 143, I, 2011, p. 18 e s.

²⁵ Assim, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria...cit.*, III, p. 335; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...cit.*, p. 632; CARVALHO, Luís A., *Teoria...cit.*, II, p. 483; e VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...cit.*, p. 775.

impedindo apenas a constituição de situações obrigacionais idênticas às existentes²⁶.

Questão controvertida é a da distinção entre a revogação *unilateral* de contratos bilaterais e a denúncia. Para a maioria da doutrina a pedra de toque encontra-se na natureza do vínculo objecto de dissolução: a revogação operaria no âmbito dos contratos de execução instantânea e a denúncia no âmbito dos contratos de execução duradoura²⁷.

A denúncia surge como um corolário da interdição da perpetuidade contratual, instrumento de tutela da liberdade das partes que poderia encontrar-se comprometida por um vínculo excessivamente duradouro. A protecção daquela liberdade impõe o reconhecimento desta faculdade nos contratos de duração indeterminada, ainda que a lei ou as partes não a tenham expressamente previsto²⁸. Idêntica preocupação justifica a disponibilização pontual deste direito a pôr termo ao contrato, *ad nutum*, em relações jurídicas de execução duradoura ainda que a respectiva duração não seja indeterminada²⁹.

No que concerne à denúncia por desistência, P. ROMANO MARTÍNEZ entende que esta se encontra «(...) baseada no facto de se conferir a uma ou ambas as

²⁶ Assim, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 342. Sublinhando igualmente a distinção entre a denúncia e a oposição à renovação, VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...cit.*, p. 775.

²⁷ Veja-se, por todos, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 61 e ss.

²⁸ Veja-se, por todos, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, 1989, p. 75; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...cit.*, p. 631; FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria...cit.*, II, p. 482 e s. Referindo-se ao reconhecimento generalizado desta faculdade tanto na doutrina nacional, como estrangeira, DUARTE, Rui Pinto, «A Denunciabilidade das Obrigações Contratuais Duradouras *Propter Rem*», *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, 2010, p. 275. RUI PINTO DUARTE reconhece todavia na regra da denunciabilidade dos contratos de duração indeterminada não um princípio constitutivo do Direito Civil ou um *dogma inquestionável*, mas uma regra que deve ser conjugada com outras («A Denunciabilidade...cit., p. 284 e ss.). No mesmo sentido, HENRIQUES, Paulo Videira, *A desvinculação unilateral AD NUTUM nos contratos civis de sociedade e de mandato*, Coimbra Editora, 2001, p. 211.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria...cit.*, III, p. 334.

partes a faculdade de verificar a viabilidade da manutenção do vínculo contratual, nomeadamente em razão de factores pessoais»^{30/31}.

1.3. Revogação

A revogação corresponde a um acordo de extinção de uma relação contratual pelas respectivas partes, manifestação do disposto no artigo 406.º, n.º 1 do CC, cujos efeitos se projectam apenas para o futuro³². Reveste pois natureza contratual e tem também a designação de *distrate*³³.

Sem prejuízo de a bilateralidade ser a regra³⁴, pode a revogação ser emitida por apenas uma das partes, desde que exista previsão legal para tal³⁵. Trata-se da modalidade que mais relevância terá para o nosso estudo, na medida em que é aquela que mais proximidade apresenta com a resolução.

O exercício do direito de revogação é, em regra, livre. Não obstante, encontra-se por vezes condicionado ao preenchimento de determinados requisitos. Em alguns casos a lei exige mesmo, para o exercício do direito, a verificação de um fundamento, aproximando a figura, se não a confundindo mesmo, com a *resolução*³⁶. Veja-se, a título de exemplo, os artigos 970.º e ss.

³⁰ *Da Cessação...*, cit., p. 66.

³¹ DUARTE, Rui Pinto, n'«A Denunciabilidade das Obrigações Contratuais Duradouras *Propter Rem*» apresenta uma recolha exaustiva da doutrina nacional quanto à denúncia dos contratos por tempo indeterminado, bem como alguma doutrina estrangeira (*Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, 2010, p. 275 a 284). Veja-se, ainda sobre a denúncia, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema...cit.*, p. 72 a 75.

³² Quanto à possibilidade de as partes atribuírem eficácia retroactiva à revogação, veja-se PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...cit.*, p. 630 e ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria...cit.*, III, p. 336, o primeiro chamando a atenção para o facto de a atribuição de efeitos retroactivos à revogação a aproximar da resolução.

³³ Assim, por todos, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 339. É igualmente designada por *mútuo dissenso* ou *contrarius consensus*.

³⁴ Em sentido contrário, qualificando como *revogação proprio sensu* a revogação unilateral, FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria...cit.*, II, p. 482.

³⁵ Veja-se, quanto a esta modalidade de revogação, HENRIQUES, Paulo Videira, *A desvinculação...cit.* e ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria...cit.*, III, p. 336. Veja-se, a título de exemplo, a revogação da promessa pelo promissário, prevista no artigo 448.º do CC.

³⁶ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, a propósito da revogação da doação por ingratidão (artigos 970.º a 979.º do CC), afirma não se tratar de uma *verdadeira revogação*, na medida em que se exige a verificação de uma justa causa para o exercício da faculdade (*Teoria...cit.*, III, p. 337).

(revogação da doação por ingratidão³⁷) e 1170.º, n.º 2 do CC (revogação no âmbito do contrato de mandato).

Finalmente importa referir que, enquanto a revogação bilateral tem por base a autonomia das partes (artigo 406.º do CC), a revogação unilateral de negócios jurídicos bilaterais tem por fundamento a tutela conferida pela lei ou pelas partes a um dos contraentes³⁸.

1.4 Rescisão

Importa, finalmente, realizar uma breve referência à *rescisão*, na medida em que o CC vigente, no artigo 702.^{º39}, recorre – aparentemente de modo inconsistente – a este termo.

O capítulo VIII do Livro II do Código de Seabra, nos artigos 687.º e seguintes («*Da rescisão dos contractos*»), expunha a disciplina da rescisão que, na sua sistemática, «(...) parecia abranger as situações a que hoje chamamos *resolutivas*»⁴⁰. Não se confunde todavia com esta. E isto porque, nos termos em que se encontrava regulada, abrangia situações que hoje reclamariam um enquadramento diverso, desde logo no âmbito da *invalidade* do contrato⁴¹. Tal resulta da já referida ambiguidade do Código de Seabra no que concerne às causas de cessação dos contratos, reveladora de uma certa confusão entre os conceitos de *rescisão*, de um lado, e os de *anulação* e de *declaração de nulidade*, de outro, decorrente, segundo P. ROMANO MARTÍNEZ, da tradicional ausência de

³⁷ Veja-se ainda, quanto a esta figura, PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução...cit.*, p. 50 e s.

³⁸ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria veja-se PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria... cit.*, p. 629 s. e MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação... cit.*, p. 50 e ss.

³⁹ Trata-se, presentemente, da única referência à rescisão no CC.

⁴⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução...cit.*, p. 11).

⁴¹ Mas não só. Como refere BRANDÃO PROENÇA, o termo *rescisão* no Código de Seabra englobava situações que, na tipologia do Código Civil vigente, se enquadrariam não só na invalidade, como na revogação, na denúncia, na impugnação pauliana e na resolução (*A Resolução...cit.*, p. 38, nota de rodapé n.º 68).

distinção entre causas de *invalidade* e de *cessação* do negócio jurídico^{42/43}. Aliás, como refere BRANDÃO PROENÇA, o regime legal da *rescisão-resolução* encontra-se, no Código de Seabra, não no referido capítulo VIII, mas no capítulo V («Das condições e cláusulas dos contractos»), no artigo 676.⁹⁴⁴, e no capítulo IX («Dos efeitos e cumprimento dos contractos»), no artigo 709.^{945/46}.

Hoje persiste ainda alguma da neblina terminológica do Código de Seabra tanto na literatura jurídica⁴⁷, como na lei⁴⁸. O sentido do termo *rescisão* não é unívoco, pelo que se deverá interpretar em cada caso o respectivo significado, entendendo-se, na dúvida, que corresponde a uma forma de resolução⁴⁹.

Esclarecidos os contornos dos institutos da caducidade, denúncia e revogação, importa prosseguir o nosso estudo procurando uma caracterização mais precisa do instituto da resolução.

⁴² *Da Cessação...cit.*, p. 85 e s.

⁴³ Veja-se, quanto à *rescisão* no Código de Seabra, entre outros, MAIA, José M. Barbosa dos Reis, *Direito...cit.*, p. 398 e ss.; e TELLES, Inocêncio Galvão, *Dos Contratos...cit.*, p. 348 e s.

⁴⁴ Dispõe o artigo 676.^o: «[o] *pactuante*, que satisfez áquillo a que se obrigou, pôde exigir do que não houver satisfeito, não só o que pela sua parte prestou, ou a correspondente indemnisação mas também a pena concencional estipulada. §1.^o Se nenhum dos *pactuantes* tiver cumprido o *contracto*, e só um deles se prestar a *cumpril-o*, este pôde exigir do outro, ou só a execução do *contracto*, ou a correspondente indemnisação, ou só a pena convencional; mas nunca uma e outra coisa simultaneamente. §2.^o O direito de exigir a pena convencional nasce da simples mora na execução do *contracto*».

⁴⁵ Dispõe o artigo 709.^o: «[s]e o *contracto* for bilateral, e algum dos *contrahentes* deixar de cumprir por sua parte, poderá o outro *contrahente* ter-se igualmente por desobrigado, ou exigir que o remisso seja compelido judicialmente a cumprir aquillo a que se obrigou, ou a indmenisál-o de perdas e danos».

⁴⁶ *A Resolução...cit.*, p. 11 e s.

⁴⁷ Assim, TIMBANE, apesar de reconduzir a *rescisão* à resolução legal, refere-se à *rescisão* do contrato de trabalho (*A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho com Justa Causa*, Almedina, 2006, p. 39).

⁴⁸ Veja-se, a título de exemplo, o referido n.^o 1 do artigo 702.^o do CC que, a propósito do seguro de hipoteca, prevê a hipótese de o «*devedor* (...) *deix[ar]* *rescindir* o *contracto* por falta de pagamento dos respectivos prémios (...)».

⁴⁹ Proposta de P. ROMANO MARTÍNEZ (*Da Cessação... cit.*, p. 90) que tem por base, entre outros, um acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 21.01.99, em que se afirma que «[o]s *termos* *rescisão* e *resolução* (aquele utilizado pelo Código de Seabra, este pelo actual CC) compreendem um só e mesmo conceito jurídico» (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.^o 483, p. 268). Também OLIVEIRA ASCENSÃO propõe que a *rescisão* seja tomada como uma *modalidade de resolução* (*Teoria...cit.*, III, p. 339). Refira-se ainda apenas a identificação em VAZ SERRA dos conceitos de resolução e *rescisão* («*Resolução...cit.*, p. 153). Ainda sobre a *rescisão*, TIMBANE, Tomás Luís, *A Rescisão Unilateral...cit.*, p. 39 e ss.

2. Modalidades de resolução

2.1. Notas gerais

Antes de prosseguirmos com uma exposição sintética do regime jurídico a que esta forma de cessação do contrato se encontra sujeita, importa fazer referência às diferentes modalidades de resolução dentro da figura, consoante o critério a que se recorra – *v.g.*, fonte, modo de efectivação.

Desde logo, a resolução pode ser, segundo a fonte do direito, legal ou convencional (n.º 1 do artigo 432.º do CC)⁵⁰. Enquanto os termos da segunda modalidade, desde a determinação dos respectivos pressupostos de exercício aos efeitos, são estipulados pelas partes, os da primeira encontram-se definidos na lei.

Particularmente relevante e controvertida é, no âmbito da resolução convencional, a questão dos limites à autonomia das partes na conformação da faculdade de resolver o contrato.

Uma doutrina mais *permissiva* defende que a liberdade das partes é de tal forma ampla que «[n]ada impede, inclusive, que o acordo respeitante aos efeitos da resolução se aplique a uma situação de resolução legal, *v.g.*, a resolução por incumprimento (...)»⁵¹. Segundo uma leitura mais *restritiva* da autonomia das partes, a cláusula resolutiva apenas dispensaria a discussão sobre a gravidade e relevância do incumprimento, permitindo a resolução mediante a verificação de – qualquer – inadimplemento⁵². De entre os diferentes elementos a ter em conta nesta discussão, em particular no que diz respeito à limitação pelas partes da faculdade de resolução, importará ter presente o artigo 809.º do CC, na parte em

⁵⁰ Assim, FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria...cit.*, II, p. 481.

⁵¹ Assim, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 83. Veja-se ainda, na mesma obra, p. 170 e ss.

⁵² Assim, DI MEO, M., «Il contenuto della clausola risolutiva espressa», *La clausola risolutiva espressa*, org. Olga Barone, 1994, p. 1 e ss.

que determina a nulidade da cláusula de renúncia antecipada pelo credor a qualquer direito que lhe seja atribuído em caso de não cumprimento do devedor.

Em regra, a resolução legal encontra-se associada ao incumprimento de obrigações contratuais⁵³. Para além deste caso, a lei prevê ainda a resolução para situações de quebra de equilíbrio contratual – veja-se a resolução fundada em alteração das circunstâncias (artigos 437.º e ss do CC), bem como a resolução «*ad nutum*» – veja-se o direito de *retractação* do consumidor consagrado no n.º 7 do artigo 9.º da Lei da Defesa do Consumidor⁵⁴. Note-se que esta forma de cessação do contrato – em que a lei admite o exercício da resolução sem necessidade de invocação de qualquer motivo de justificação – reveste natureza excepcional, tendo por fundamento a tutela de determinadas situações jurídicas consideradas merecedoras de especial protecção pela lei.

No que concerne ao modo de efectivação da resolução, consagra a lei no artigo 436.º uma regra de liberdade de forma ao determinar que o direito se exerce «*mediante declaração à outra parte*»⁵⁵.

Existem todavia alguns desvios a este regime. Assim, casos há, por exemplo, em que a lei impõe a intervenção de um órgão judicial, seja para decretar a resolução – veja-se a resolução do contrato de arrendamento, com fundamento nas circunstâncias elencadas no n.º 2 do artigo 1083.º do CC, por força do n.º 1 do artigo 1084.º, seja para apreciar a declaração de resolução emitida por uma das partes – veja-se o despedimento de trabalhadora grávida em caso de parecer desfavorável da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres (n.º 6 do artigo 63.º do Código de Trabalho). Excepcionalmente ainda, pode a resolução – referimo-nos aqui à

⁵³ O mesmo tenderá a ocorrer no âmbito da resolução convencional.

⁵⁴ P. ROMANO MARTÍNEZ, face à não exigência de uma causa de justificação da cessação do contrato, entende tratar-se, não de um caso de resolução, mas de revogação unilateral do contrato que segue o regime jurídico da resolução (*Da Cessação...cit.*, p. 71).

⁵⁵ Para uma análise mais detalhada quanto à forma de exercício da resolução veja-se MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 177 e ss.

resolução-efeito – resultar, automaticamente, da lei – veja-se o caso do contrato de seguro que se resolve sem mais em caso de incumprimento da obrigação de pagamento de prémio (n.º 1 do artigo 61.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril).

Note-se, finalmente, que esta regra da liberdade de forma em nada obsta a que a contraparte venha, posteriormente, contestar judicialmente a resolução, cabendo então ao tribunal aferir da respectiva licitude.

Independentemente da forma adoptada e em resultado do carácter vinculado do exercício do direito de resolução, a declaração de resolução deve ser precisa quanto aos seus fundamentos, não bastando uma mera referência a uma situação de incumprimento. Com efeito, só desta forma será possível apreciar da respectiva validade.

A resolução opera por meio de uma declaração receptícia que, nos termos do artigo 224.º do CC, só produz efeitos quando chega ao destinatário ou deste é conhecida. Ao declarar que resolve o contrato o declarante não está pois (apenas) a descrever uma acção, mas a fazê-la, isto é, a resolver o contrato. Trata-se de um enunciado *performativo*⁵⁶, elemento *constitutivo* da resolução⁵⁷. Sucede que, para que a declaração de resolução se encontre apta a produzir os seus efeitos, seja válida, é necessário, à semelhança de qualquer enunciado performativo, que satisfaça um conjunto de pressupostos, designadamente «(...) que exista uma “convenção” segundo a qual a enunciação de certas palavras tenha um certo efeito convencional; que as pessoas intervenientes e as circunstâncias sejam as

⁵⁶ A noção de *enunciado performativo* foi introduzida por JOHN AUSTIN para descrever enunciados que não se limitam a descrever uma acção, mas que cumprem, realizam (donde a designação de *performativo*, de *perform*) – reunidos determinados requisitos – a acção que descrevem. Veja-se, para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, AUSTIN, J., *How to do things with words*, 2.ª ed. Oxford University Press, 1976. Na doutrina portuguesa, dedicou especial atenção a esta matéria, na dissertação de doutoramento, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, 1992, p. 121 e ss.

⁵⁷ Veja-se, neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Almedina, 2002, p. 323. Veja-se, ainda, SOUSA, Miguel Teixeira de, «Sobre a Linguagem Performativa da Teoria Pura do Direito», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, n.º 2, p. 433 a 447, em especial, p. 444 e ss.

apropriadas segundo a mesma convenção; e que o processo seja executado correcta e completamente (...) Se tais convenções e regras não forem observadas, verificar-se-á um insucesso (infelicity), ficando o acto desprovido de efeito, isto é, nulo (void)»⁵⁸. Apenas quando respeitadas tais convenções, isto é, apenas quando se verificarem os factos a que as partes e/ou a lei, atendendo à respectiva gravidade, associaram como consequência a constituição de um direito potestativo extintivo, poderá o contrato ser destruído⁵⁹.

2.2. Nota a propósito da extrajudicialidade do exercício do direito de resolução

O Código Civil português segue, no que concerne ao modo de efectivação da resolução, a regra hoje adoptada pela esmagadora maioria das ordens jurídicas, tanto romano-germânicas, como de *common law*^{60/61}, bem como, mais recentemente, por instrumentos de regulação contratual de Direito Internacional⁶² e de *soft law*⁶³. A resolução exerce-se, como se referiu, por norma extrajudicialmente, «*mediante declaração à outra parte*»⁶⁴.

⁵⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto...cit.*, p. 122 e 123, referindo-se aos enunciados performativos em geral.

⁵⁹ Este ponto será desenvolvido adiante, em especial no capítulo III, §2.1 e 2.5.

⁶⁰ Em *common law*, a regra é também a da resolução extrajudicial, com algumas excepções apenas em que a intervenção judicial é necessária. Veja-se, por todos, BEALE, H., *Remedies for Breach of Contract*, Sweet&Maxwell, 1980, p. 108 e ss.

⁶¹ Os novos códigos civis do Québec e da Holanda adoptaram um sistema de resolução extrajudicial ou misto, afastando assim um exercício judicial desta faculdade.

⁶² No que ao exercício do direito de resolução no Direito Internacional diz respeito, veja-se os artigos 49.º e 64.º da Convenção de Viena de 1980 sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

⁶³ Veja-se, no que à *soft law* concerne, os PDEC, em particular, o artigo 9.303, nos termos do qual «[a] *party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party*», e os Princípios Unidroit, cujo artigo 7.3.2 determina que «(1) [t]he right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party». Refira-se, finalmente, o artigo 3:507 do anteprojecto de 2009 do Quadro Comum de Referência, nos termos do qual a resolução se faz por *notificação ao devedor*.

⁶⁴ Note-se que, como chama a atenção BRANDÃO PROENÇA, mesmo no âmbito do CC de Seabra, jurisprudência e doutrina entendiam, à luz do artigo 709.º, que a «desobrigação» de uma das

Existem, não obstante, algumas exceções em Direitos da família romano-germânica que importa referir, sendo o caso porventura mais discutido na literatura jurídica, o francês, em grande medida em resultado da recente reforma do Direito dos Contratos.

(a) Direito francês

Muito embora o artigo 1184 do Código Civil francês determine que a resolução se exerce judicialmente^{65/66/67}, é visível, desde finais do século XIX, tanto na doutrina como na jurisprudência, uma tendência no sentido de limitar a regra da obrigatoriedade de recurso ao tribunal.

A admissibilidade da cessação unilateral – seja com recurso à resolução, seja à denúncia – extrajudicial do contrato não é, de facto, algo de novo.

Na realidade, desde há muito e com base no artigo 1780 do *Code civil*⁶⁸, doutrina e jurisprudência reconhecem, em geral, no universo dos contratos de

partes do contrato não carecia de intervenção judicial (*A Resolução...cit.*, p. 151, nota de rodapé n.º 433).

⁶⁵ Dispõe o artigo 1184 do Código Civil francês: «[L]a condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances».

⁶⁶ Em sentido contrário, numa posição manifestamente minoritária, L. AYNÈS defende que o artigo 1184 impõe apenas a intervenção do juiz para conceder um prazo suplementar de cumprimento ao devedor em falta quando o credor não lho acorde, não exigindo o recurso ao tribunal para exercer o direito de resolução do contrato («Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives», *Droit et Patrimoine*, n.º 126, Maio 2004, p. 67).

⁶⁷ Veja-se, quanto ao exercício judicial do direito de resolução por incumprimento, POTHIER, R.J., *Traité des Obligations*, vol. I e II, reimp. da edição de 1825, Banchs Editor, 1974, p. 143 e s. e 226; PICARD, Maurice, e PRUDHOMME, André, «De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 11, 1912, p. 61 a 109; e CASSIN, René, «Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats par inexécution», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 43, 1945, p. 159 a 183.

⁶⁸ O artigo 1780, determinando que «[L]e louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes», consagra, no âmbito do contratos de prestação de serviços de duração indeterminada, um direito de denúncia mediante mera comunicação à contraparte efectuada com respeito por um pré-aviso.

duração indeterminada, uma faculdade de denúncia de qualquer uma das partes, exercível *extrajudicialmente*, mediante simples cumprimento de um pré-aviso^{69/70}.

O próprio fenómeno de *extrajudicialização* da resolução não é tão recente quanto se possa à primeira vista pensar. De facto, desde finais do século XIX, perante uma situação de *urgência* ou de *estado de necessidade*, era já o exercício da resolução por mera declaração à contraparte admitido, tendo a exigência de tais pressupostos aliás cessado posteriormente, em 1998, com a decisão de 13.10.98 da *Cour de Cassation*, conhecida por «arrêt Tocqueville»⁷¹. Desde então, o *comportamento grave* da contraparte passou a constituir fundamento bastante para o exercício extrajudicial da resolução. Veja-se, a título de exemplo, a decisão da *Cour de Cassation* de 28.10.2003, em que o tribunal afirma que «[l]a gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non»⁷². A gravidade do comportamento é aferida com base em diferentes critérios, entre os quais a *extensão* do incumprimento e as hipóteses de o contrato lhe *sobreviver*⁷³.

⁶⁹ Trata-se aqui do instituto da *résiliation* que, em traços largos, corresponde à nossa denúncia. Sobre a distinção entre *résolution* e *résiliation*, bem como sobre a confusão terminológica entre estas duas figuras, veja-se DELFORGE, Catherine, «L'unitarisme et la fin du contrat», *La fin du contrat*, Dezembro de 2001, n.º 51, vol. 1, org. Patrick Wery, Larcier, p. 105 a 155, e ainda GENICON, Thomas, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, L.G.D.J., 2007, p. 9 e ss.

⁷⁰ Veja-se, neste sentido, DELEBECQUE, P., «Le droit de rupture unilatérale du contrat: genèse et nature», *Droit et Patrimoine*, n.º 126, Maio de 2004, p. 58.

⁷¹ Processo n.º 96-21.485. Decisão publicada no *Bulletin civil* 1998, I, n.º 300, p. 207, igualmente disponível em www.legifrance.gouv.fr.

⁷² Processo n.º 01-03662. Decisão publicada no *Bulletin civil* 2003, I, n.º 211, p. 166, igualmente disponível em www.legifrance.gouv.fr. Doutrina e jurisprudência recorrem frequentemente, no âmbito do exercício extrajudicial da resolução, à expressão «à ses risques et périls», como forma de chamar a atenção para a eventual responsabilidade do credor em caso de impugnação judicial do acto pelo devedor (veja-se, neste sentido, MUNAGORRI, Rafael Encinas de, *L'Acte Unilatéral dans les Rapports Contractuels*, L.G.D.J., 1996, p. 137, nota de rodapé n.º 107). Veja-se ainda, quanto à expressão, AYNÈS, L., «Le droit...*cit.*», p. 68.

⁷³ Para mais desenvolvimentos sobre a questão do reconhecimento de um direito de resolução extrajudicial na ordem jurídica francesa, veja-se PANCRAZI-TIAN, M.E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, P.U.A.M., 1996, p. 253 e ss.; JAMIN, Christophe, «L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat», *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n.º 29, 17

Neste contexto e no seguimento da progressiva evolução do estado da arte quanto ao exercício do direito de resolução, foi proposto, no quadro da reforma do Direito dos Contratos em curso, a consagração de um regime-regra de exercício extrajudicial da resolução⁷⁴. O *Avant-Projet Catala* propôs a introdução de uma faculdade de o credor optar entre o exercício judicial ou extrajudicial da resolução, operando esta última modalidade mediante simples notificação do devedor, da qual deveriam constar os respectivos fundamentos (artigo 1185 do ante-projecto). Ao devedor reconhecia-se ainda a faculdade de reagir judicialmente à resolução. Tanto o projecto de 2008, como o de 2009 do Ministério da Justiça aceitaram ambas as propostas, determinando assim o artigo 143 da proposta presentemente em discussão que «[e]n cas de grave inexécution, le créancier peut résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable (...). Le débiteur peut pendant le délai de la mise en demeure saisir le juge pour contester la résolution. Cette saisine suspend la résolution. Lorsque

de Junho de 2002; MAZEAUD, D., «Rupture unilatérale du contrat : la Cour de cassation veille au grain...», *Revue des Contrats*, n.º 2, Abril de 2004, p. 275 e ss.; AYNES, L., «Le droit...cit.», p. 273 e ss.; e LABORDERIE, A.-S., *La Pérennité Contractuelle*, L.G.D.J., 2005, p. 424 e ss. Veja-se ainda o dossier sobre esta matéria, com contribuições de PHILIPPE DELEBECQUE, LAURENT AYNÈS e STOFFEL-MUNCK, intitulado «Rupture Unilatérale du Contrat: vers un Nouveau Pouvoir», *Droit et Patrimoine*, n.º 126, Maio de 2004, p. 55 e ss. Finalmente, para mais desenvolvimentos sobre a resolução e a resolução por incumprimento, em particular, veja-se LEVY, Jean, *La Résolution de Plein Droit des Contrats*, P.U.F., 1931; GHESTIN, Jacques, «La Résolution pour Inexécution (en droit français)», *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, org. Letizia Vacca, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 109 a 134 e MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, e STOFFEL-MUNCK, Phillippe, *Les Obligations*, 3.ª ed., Défrenois, 2007, p. 457 a 472.

⁷⁴ A reforma teve por base duas propostas de origem académica, o *Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, de 22 de Setembro de 2005, também conhecido como *Avant-Projet Catala*, e o *Avant-Projet Terré*, que influenciaram significativamente, por sua vez, as propostas apresentadas pelo Ministério da Justiça em Julho de 2008 e, posteriormente, em Maio de 2009. Para mais desenvolvimentos sobre este ante-projecto, veja-se MALAURIE, P., «Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats», *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n.º 44, 29 de Outubro de 2008, I, p. 204 e ss.). A versão integral do texto encontra-se disponível em: www.lexinter.net/ACTUALITE/projet_de_reforme_du_droit_des_contrats.htm. Veja-se, ainda, STOFFEL-MUNCK, Phillippe, «Exécution et inexécution du contrat», *Revue des Contrats*, n.º 1, 2009, p. 333 a 348; e FARRAJOTA, J., «Notas sobre a Reforma do Direito dos Contratos Francês», *Themis*, ano X, n.º 18, 2010, p. 209 a 223.

l'inexécution persiste et en l'absence de saisine du juge, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent».

(b) Direito italiano

O artigo 1453 do Código Civil Italiano, em resultado ainda da influência do Código Civil francês⁷⁵, determina que a resolução se exerce por via judicial. Trata-se, todavia, de um sistema *fortemente* temperado por um amplo conjunto de exceções, em que é admitido o recurso à resolução extrajudicial.

Assim, por exemplo, o artigo 1454 permite à parte adimplente interpelar a contraparte para que esta cumpra, concedendo-lhe um prazo para o efeito, findo o qual o contrato se terá como automaticamente resolvido⁷⁶. O artigo 1456, por seu lado, a propósito da figura da cláusula resolutiva, determina que, verificando-se o facto previsto naquela, o contrato se resolve por mera declaração da parte que se quiser fazer valer da cláusula resolutiva⁷⁷. Finalmente, o artigo 1457 determina que se a prestação incumprida se encontrar sujeita a um termo essencial para o credor, este – salvo convenção em contrário – caso ainda tenha interesse no respectivo cumprimento, pode ainda exigí-la, no

⁷⁵ O antigo artigo 1165 do CCI de 1865 reproduzia quase literalmente o artigo 1184 do Código Civil francês.

⁷⁶ Trata-se da «*Diffida ad adempiere*». Dispõe o artigo 1456: «*Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto (1662,1901). Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore. Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto*». Veja-se, sobre a figura, SACCO, Rodolfo, «I Rimedi Sinallagmatici», *Trattato do Diritto Privato- Obbligazioni e Contratti, II*, org. Pietro Rescigno, 2.^a ed., UTET, 1995, p. 613 e 614.

⁷⁷ Dispõe o art. 1456, sob a epígrafe «*Clausola resolutive espressa*»: «*I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica diritto (1517) quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola resolutive*».

prazo de 3 dias. Não o fazendo, o contrato ter-se-á por resolvido automaticamente⁷⁸.

Face ao exposto, conclui-se que, apesar do que poderia resultar de uma leitura isolada do artigo 1453, a regra, no CCI, é a resolução extrajudicial⁷⁹.

(c) Direito espanhol

Importa ainda, finalmente, fazer uma curta referência ao Direito espanhol. Muito embora o parágrafo 3.º do artigo 1124 do Código Civil determine que «[e]l Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo», a jurisprudência tem vindo a permitir o exercício extrajudicial da resolução, cabendo aos tribunais apreciar da licitude da resolução apenas quando e se esta vier a ser impugnada⁸⁰.

⁷⁸ Dispõe o art. 1457, sob a epígrafe «*Termine essenziale per una delle parti*»: «*Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale all'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni (2964). In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione*».

⁷⁹ Veja-se, sobre a resolução por incumprimento na ordem jurídica italiana, AULETTA, G.G., *La Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè, 1942, em especial, p. 246 e ss.; SPALAROSSA, M. R., «*La Risoluzione del Contrato per Inadempimento*», *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, Maio/Junho de 1989, n.º 3, p. 161 a 205; BIANCA, C. Massimo, «*La Risoluzione del Contrato per Inadempimento: Riflessioni sul Confronto tra Diritto Italiano e Convenzione di Vienna*», *Scritti in Onore di Anglo Falzea*, vol. II, tomo 1, Giuffrè, 1991, p. 115 a 125; SACCO, Rodolfo, «*I Rimedi...cit.*», p. 599 e ss. e «*Risoluzione per inadempimento*», *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, XVIII, UTET, 2004, reimp., p. 56 a 65; NANNI, Costanza, e CARNEVALI, *Della Risoluzione per Inadempimento, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, tomo I, 2, Art. 1455-1459*, org. Francesco Galgano, Zanichelli Editore e Soc. Ed. del Foro Italiano, 2007; e ALPA, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, 6.ª ed., CEDAM, 2009, p. 605 a 617.

⁸⁰ Para mais desenvolvimentos sobre a resolução no Direito espanhol, veja-se MEORO, Mario Clemente, *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del derecho inglés y del derecho español)*, Tirant Lo Blanch, 1992 e *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, 1998; DÍEZ-PICAZO, Luis, e GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed, (rev. e act.), Tecnos, 1995, p. 269 a 275; e DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.ª ed, Thomson- Civitas, 2008, p. 810 a 879.

3. Linhas gerais do regime jurídico

A resolução, uma faculdade de exercício vinculado

3.1. Pressupostos de existência do direito

A *existência* do direito de resolução, não sendo este exercível *ad libitum*, pressupõe, em regra, a verificação de um fundamento que será na maioria dos casos o incumprimento de uma obrigação⁸¹.

⁸¹ Refira-se apenas, quanto ao incumprimento, que tradicionalmente a Doutrina distingue três categorias: incumprimento definitivo, mora e incumprimento defeituoso. Encontramo-nos perante uma situação de incumprimento defeituoso sempre que «(...) o devedor realiza a prestação a que estava adstrito, mas esta não corresponde, totalmente, à que era devida (...)» (MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Cumprimento defeituoso. Em especial na compra e venda e na empreitada*, Almedina, 2001, p. 32). O princípio da pontualidade no cumprimento dos contratos impõe a execução das prestações nos exactos termos em que foram acordadas. Só aí se poderá falar de cumprimento da obrigação. De onde resulta que haverá incumprimento, não só nos casos de incumprimento *total* da obrigação, mas também sempre que esta seja «cumprida» de forma defeituosa ou parcial, isto é, qualitativa ou quantitativamente, em desconformidade com o acordado. Note-se ainda, como salienta ANTUNES VARELA, que «[o] cumprimento defeituoso abrange não só as deficiências da prestação principal ou de qualquer dever secundário de prestação, como também a violação dos deveres acessórios de conduta que, por força da lei (por via de regra, através das normas dispositivas), se integram na relação creditória, em geral, e na relação contratual em especial» (*Das Obrigações em Geral*, II, reimp. da 7.^a ed. de 1997, Almedina, 2012, p. 130). Para uma análise mais desenvolvida da problemática associada ao incumprimento defeituoso, veja-se MACHADO, João Baptista, «Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 215, 1972, p. 5 a 95; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982; DIAS, José Rosendo, *Responsabilidade Civil do Construtor e do Vendedor pelos Defeitos*, Petrony, 1984; PINTO, Carlos da Mota, e SILVA, João Calvão da, «Garantia de Bom Funcionamento e Vícios do Produto. Responsabilidade do Produtor e do Distribuidor», *Colectânea de Jurisprudência*, X, 1985, tomo III, p. 17 a 29; CORDEIRO, António Menezes, «Cumprimento Imperfeito do Contrato de Compra e Venda. A compensação entre Direitos Líquidos e Ilíquidos. A excepção do contrato não cumprido», *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XII, 1987, tomo IV; BRAGA, Armando, *Contrato de Compra e Venda (Estudo Prático)*, com a colaboração de Isabel Nogueira, Porto Editora, 1990; e SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas. Conformidade e Segurança*, Almedina, 2001. Veja-se ainda, quanto ao cumprimento defeituoso no contexto da doutrina da violação positiva do contrato, *infra*, capítulo IV, §1.1, 1. e 2., e §3.2, 2.3. Estar-se-á perante uma situação de incumprimento definitivo sempre que a prestação não tenha sido realizada (pontualmente) e já não o possa vir a ser, seja porque o credor perdeu objectivamente o interesse na mesma (artigo 808.º do CC), seja porque decorreu o prazo admonitório de cumprimento estabelecido pelo credor nos termos do artigo 808.º, n.º 1 do CC, sem que aquele tenha sido realizado, seja, finalmente, porque o devedor declarou antecipadamente que não iria cumprir. Como veremos adiante, de forma mais detalhada, não é pacífico na Doutrina que a declaração antecipada de

Em regra, refira-se, apenas o incumprimento culposo (ainda que a culpa seja presumida nos termos do artigo 799.º do CC) constituirá fundamento bastante ao exercício do direito de resolução. Apenas excepcionalmente, mediante previsão legal, poderá o pressuposto da culpa do devedor ser dispensado^{82/83}.

Note-se que não se trata do modelo que goza hoje de maior popularidade, designadamente no Direito Internacional e na *soft law*, onde é visível uma tendência no sentido de uma definição do incumprimento para efeitos de resolução em termos objectivos, num esforço de depuração do instituto de quaisquer vestígios de uma função sancionatória⁸⁴. A evolução tem sido, com efeito, no sentido de reconhecer um direito de resolução ao credor em caso de não cumprimento significativo, independentemente da culpa do devedor⁸⁵.

não cumprimento corresponda a uma situação de incumprimento definitivo. Importa finalmente fazer uma referência à mora que corresponde à situação em que o devedor não cumpriu a obrigação devida na data do respectivo vencimento, mantendo-se todavia o interesse do credor na realização da mesma (artigos 792.º e 804.º, n.º2 do CC). Subsistindo o interesse do credor na prestação não se coloca a questão da cessação do contrato, compreendendo-se por isso que a mora não sirva de fundamento ao exercício do direito de resolução.

⁸² Será o caso de resolução pelo credor com fundamento na actuação de auxiliar do devedor, quando este não tenha actuado de forma culposa (artigo 800.º do CC), bem como da resolução em caso de impossibilidade parcial não culposa, quando o credor não tenha, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação (n.º 2 do artigo 793.º do CC).

⁸³ Em sentido contrário, BAPTISTA MACHADO, apoiando-se no referido n.º 2 do artigo 793.º, afirma que a culpa não é um pressuposto essencial da resolução («Pressupostos...*cit.*», p. 129). Veja-se, para mais desenvolvimentos sobre a questão da culpa da parte inadimplente como pressuposto do direito de resolução, SACCO, Rodolfo, «I Rimedi...*cit.*», p. 608.

⁸⁴ Chamando a atenção para esta evolução, veja-se CONTE, Giuseppe, «L'Uniformazione della Disciplina Giuridica della Risoluzione per Inadempimento e, In Particolare, Dell'Anticipatory Breach dei Contratti», *Europa e diritto privato*, Giuffrè, n.º 3, 1998, p. 470. O Autor salienta todavia que, na prática, a diferença entre sistemas assentes na ideia de culpa e sistemas assentes numa concepção objectiva de incumprimento não é tão significativa como se poderia à partida esperar, já que a maior parte dos sistemas mitiga a solução adoptada, seja através da inserção de uma regra de presunção de culpa do devedor (veja-se o artigo 799.º, n.º 1 do CC), seja por meio da consagração de causas de isenção de culpa.

⁸⁵ Veja-se o artigo 49 da Convenção de Viena, bem como os artigos 8:101 e 9:301 dos PDEC e, ainda, os artigos 7.1.7 (4) e 7.3.1 dos Princípios Unidroit. Veja-se, quanto à alínea c) do n.º 2 do artigo 7.3.1. dos Princípios Unidroit e à alínea c) do artigo 8:103 dos PDEC, CONTE, Giuseppe, «L'Uniformazione...*cit.*», p. 472 e 478. Também o BGB na sequência da reforma de 2002 prescindiu da culpa como pressuposto do direito de resolução (§323(1)). Veja-se, a este propósito, ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, p. 74.

Trata-se, no fundo, de adaptar a disciplina do instituto da resolução às exigências actuais do tráfico jurídico, no sentido de permitir que o credor, desiludido com o contrato celebrado, possa satisfazer o seu interesse noutra relação, não o obrigando a manter-se vinculado ao contrato em caso de ausência de culpa do devedor no incumprimento.

Não constituirá todavia fundamento bastante para o exercício do direito de resolução qualquer incumprimento. Ao conceder a faculdade de resolver um contrato a lei confere a uma das partes o poder de destruir, unilateralmente, uma relação jurídica. Compreende-se assim que o exercício daquele direito não seja admitido em reacção a *qualquer* violação contratual; exige-se que esta seja *grave*⁸⁶. Tal resulta, designadamente, do n.º 2 do artigo 802.º do CC que, a propósito do incumprimento parcial, determina que «o credor não pode (...) resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância». A lei exige assim, para efeitos de surgimento de um direito de resolução, que o incumprimento tenha carácter definitivo ou defeituoso e que exista uma relação de adequação entre a gravidade do incumprimento e «a pretensão de extinção do vínculo»⁸⁷. Nesta medida, o exercício desta faculdade depende da existência de uma correspondência entre a gravidade do incumprimento e as consequências da resolução, devendo estas ser proporcionais àquela. O reconhecimento do direito a resolver o contrato deve

⁸⁶ A gravidade do *remédio* leva a lei a reservar o recurso da faculdade resolutive para casos em que o programa contratual esteja irremediavelmente comprometido. A generalidade das ordens jurídicas tende assim a vedar o exercício deste direito nos casos de incumprimento pouco relevante, bem como nos casos em que é ainda possível satisfazer o interesse do credor. Veja-se, neste sentido, ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German...cit.*, p. 67 e CONTE, Giuseppe, «L'Uniformazione...cit.», p. 475 e ss. A título de exemplo, veja-se ainda, na ordem jurídica francesa, STOFFEL-MUNCK, Phillipe, «Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale», *Droit et Patrimoine*, n.º 126, Maio de 2004, p. 72 e ss.; e na ordem jurídica inglesa HARRIS, Donald, CAMPBELL, David e HALSON, Roger, *Remedies in Contract & Tort*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2006, p. 54. Finalmente refira-se ainda, em *common law*, KEITH quando afirma que «(...) *the breach must go to the root of the contract (...)*» (*Elements of the Law of Contracts*, Oxford University Press, 1931, p. 92).

⁸⁷ MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 133.

ter por base um juízo de proporcionalidade entre a lesão provocada pelo não cumprimento da obrigação e os efeitos da resolução.

Daquela disposição retira-se ainda que a gravidade do incumprimento deve ser aferida por referência às respectivas consequências para o credor. Finalmente, importa acrescentar que a apreciação da relevância do incumprimento deve ser realizada em função do caso concreto, designadamente à luz do tipo contratual em causa⁸⁸.

Embora o artigo 801.º, n.º 2 do CC, que regula a resolução por incumprimento, pareça pressupor que a mesma se encontra circunscrita ao universo dos contratos sinalagmáticos⁸⁹, a verdade é que a própria lei prevê diferentes situações de resolução em contratos unilaterais, designadamente no contrato de comodato (artigo 1140.º do CC). Será assim forçoso concluir que esta faculdade se estende para além dos contratos sinalagmáticos, sem prejuízo da necessidade de limitar, com maior precisão, o respectivo âmbito de aplicação⁹⁰.

⁸⁸ Veja-se, quanto à questão da *gravidade do incumprimento*, MACHADO, João Baptista, «Pressupostos...*cit.*», p. 130 e ss. e o acórdão do tribunal da Relação do Porto de 10.11.2009, proc. n.º 456/08.3TBPFR.P1 (disponível em www.dgsi.pt).

⁸⁹ Uma das classificações dos negócios jurídicos formulada pela doutrina distingue entre contratos unilaterais e bilaterais. Esta distinção não atende ao número de partes intervenientes no negócio, mas às obrigações principais emergentes do contrato. A doutrina tende a identificar como unilaterais os contratos dos quais emergem obrigações para apenas uma das partes e «bilaterais» ou «sinalagmáticos», os contratos dos quais emergem obrigações para ambas as partes, encontrando-se essas mesmas obrigações interligadas por um nexo de interdependência (veja-se neste sentido, VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, I, p. 396; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral... cit.*, p. 388; PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 5.ª ed., Almedina, 2008, p. 395; COSTA, Mário Júlio Almeida *Direito...cit.*, p. 360 e ss; e, ainda, FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria...cit.*, p. 57).

⁹⁰ Veja-se, para maiores desenvolvimentos quanto à aplicação da faculdade resolutiva ao âmbito negócios jurídicos unilaterais e aos contratos bilaterais imperfeitos, SERRA, Adriano Vaz, «Resolução...*cit.*», p. 152 e ss. Em síntese, o Autor defende que, inexistindo uma relação de interdependência entre obrigações – fundamento da resolução nos contratos sinalagmáticos – nos contratos unilaterais, «(...) não deve formular-se expressamente na lei a doutrina de que aos contratos unilaterais se aplica a doutrina da resolução dos contratos bilaterais por inexecução. (...) [S]e as prestações não são encaradas como interdependentes, a resolução do contrato, a admitir-se, carece de outra justificação. Em disposições especiais relativas a cada um dos contratos unilaterais, deve ser prevista, na medida do possível, a resolução quando for aconselhada. À doutrina e à jurisprudência competirá apreciar

O exercício do direito de resolução pode ainda ser inviabilizado pelo comportamento do titular do direito, sempre que este crie uma expectativa legítima de manutenção do contrato. Com efeito, nesta situação, em que alguns Autores reconhecem uma renúncia ao direito pelo credor, o exercício desta faculdade constituiria abuso de direito na forma de *venire contra factum proprium*⁹¹.

Finalmente, refira-se ainda que, por força do disposto no n.º 2 do artigo 432.º, o direito de resolução é excluído nos casos em que haja impossibilidade de restituir o que se houver recebido.

Caso não se verifiquem os pressupostos de existência de um direito de resolução, encontraremos apenas na declaração de resolução, a *aparência* de um direito.

3.2. Prescrição e caducidade do direito

O direito de resolução prescreve nos termos gerais definidos nos artigos 309.º e seguintes do CC. Dito isto, nada impede que as partes estipulem um prazo diverso para o respectivo exercício, findo o qual aquele direito caducará. Caso não o tenham feito, determina o n.º 2 do artigo 436.º do CC que a outra parte pode «*fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que o exerça, sob pena de caducidade*», de forma a reduzir a situação de incerteza quanto à manutenção do vínculo. Note-se que também a lei, excepcionalmente, estabelece prazos de caducidade para o exercício da resolução, designadamente no âmbito do contrato de arrendamento, do contrato de trabalho e no regime da insolvência.

se, além destas hipóteses outras existem em que a resolução deva aceitar-se, inclusivamente mediante a aplicação de doutrina análoga à fixada para os contratos bilaterais, se isso for admissível» (ibid, p. 186).

⁹¹ Veja-se, neste sentido, PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução...cit.*, p. 156.

Poder-se-á ainda referir a boa fé como limite temporal no exercício deste direito, impondo uma norma semelhante à prevista no n.º 2 do artigo 9:303 dos PDEC, nos termos da qual «[t]he aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance».

3.3. Efeitos

3.3.1 Momento de produção de efeitos

Como referimos acima, enquanto declaração receptícia, a declaração de resolução produz os seus efeitos quando chega ao poder do destinatário ou quando dele é conhecida⁹². Nos casos excepcionais em que a resolução deva ser decretada por um tribunal, os seus efeitos produzem-se apenas com o trânsito em julgado da decisão judicial^{93/94}.

Assim, em regra, por decisão unilateral de uma das partes no contrato, produz-se a imediata extinção do vínculo. Os efeitos da resolução, em resultado da natureza potestativa do direito, produzem-se pois independentemente do acordo da contraparte que se encontra numa posição de sujeição.

3.3.2. Efeitos

O artigo 433.º do CC determina que, «na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio

⁹² Trata-se da solução igualmente adoptada no artigo 26.º da Convenção de Viena («[a] declaração de resolução torna-se eficaz somente quando notificada por um contraente ao outro») e nos Princípios Unidroit (n.º 1 do artigo 7.3.2 conjugado com o n.º 2 do artigo 1.10).

⁹³ Note-se que na determinação do momento de produção de efeitos da resolução não relevam os casos em que a intervenção judicial é apenas exigida para se preencherem os pressupostos da resolução, previamente à emissão da declaração de resolução.

⁹⁴ Note-se que esta posição, defendida por P. ROMANO MARTÍNEZ, não é pacífica na doutrina portuguesa (*Da Cessação...cit.*, p. 186 e s.). Veja-se, designadamente, LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume II (artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª ed. (rev. e act.), Coimbra Editora, 1997, p. 385.

jurídico, com ressalva do disposto nos artigos seguintes». A resolução segue assim, em regra, o regime jurídico da invalidade, constante dos artigos 285.º e seguintes do CC, com as devidas alterações impostas pelo disposto nos artigos 434.º e seguintes do CC. Admite-se todavia que, excepcionalmente, a lei ou as partes atribuam efeitos diversos à declaração de resolução.

Esta equiparação da resolução à invalidade tem vindo a gerar alguma confusão na doutrina, em especial, no que à anulabilidade concerne, havendo mesmo uma doutrina minoritária que entende a anulabilidade como um tipo de resolução, na fronteira entre a ineficácia e a invalidade.

(a) Extinção do vínculo

A resolução tem por objectivo a extinção total ou parcial do vínculo contratual. De facto, embora em regra a resolução extinga o negócio jurídico no seu todo, nada impede que o faça parcialmente, modificando-o apenas⁹⁵.

Em resultado desta destruição unilateral do contrato, as partes deixam de estar obrigadas ao cumprimento das obrigações acordadas. Tal não obsta, saliente-se, ao surgimento de novas obrigações – obrigações pós-contratuais – resultantes do próprio acto resolutivo e do princípio da boa fé.

Surge, com efeito, por efeito da resolução uma *nova* relação obrigacional, retroactiva, de liquidação⁹⁶. Note-se apenas que, enquanto na Alemanha esta relação é entendida como o produto da *transformação* (*Umwandlung*) da relação

⁹⁵ Nestes casos o contrato subsiste, ainda que noutros moldes, na medida em que tanto a prestação como a contraprestação das partes foram objecto de modificação. Veja-se, neste sentido, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 184.

⁹⁶ Neste sentido, veja-se PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 417 e s. O Autor ressalva que a posição adoptada não implica o reconhecimento de uma extinção retroactiva *total* da relação contratual, em resultado da resolução. CARLOS MOTA PINTO entende, numa posição que acompanhamos, que na sequência da resolução do contrato surge uma nova relação (de liquidação) ao lado da qual pode subsistir, parcialmente, a relação contratual original, podendo designadamente *sobreviver* determinados deveres de cuidado ou de protecção. Veja-se ainda, aderindo à posição de CARLOS MOTA PINTO, PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução... cit.*, p. 166.

contratual visada pela resolução numa relação (obrigacional) de liquidação, com efeitos retroactivos (*Rückabwicklungsverhältnis*)⁹⁷, da qual emergem novas obrigações, designadamente obrigações de restituição⁹⁸, a doutrina portuguesa não reconhece uma identidade entre a relação existente antes da resolução e a relação de liquidação posterior àquela.

(b) Retroactividade

A resolução tem, em regra, eficácia retroactiva, «salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução», determinando ainda o n.º 2 do artigo 434.º que, «[n]os contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas»⁹⁹. Quer isto dizer que, em princípio, a resolução do contrato conduzirá à reconstituição da situação anterior à sua celebração: há uma ficção jurídica de que o contrato não existiu¹⁰⁰. Note-se que esta solução está longe de ser a regra, tanto noutras

⁹⁷ A doutrina maioritária alemã concebe pois a resolução (*Rücktritt*) não como uma forma de extinção do contrato, mas como uma forma de *transformação* da relação contratual numa relação de liquidação. Veja-se, a propósito da resolução no Direito alemão antes e depois da *Modernisierung*, entre outros, SCHERNER, Karl Otto, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, Franz Steiner Verlag GMBH, 1965; LESER, Hans G., *Der Rücktritt vom Vertrag*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1975; KOHLER, Jürgen, «Das Rücktrittsrecht in der Reform», *Juristenzeitung*, n.º 56, 7, Março de 2001, p. 325 a 337; HELLWEGE, Phillip, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, 2004; CANARIS, Claus-Wilhelm, «Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB», *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2008, p. 3 a 22; e MUTERS, Christof, *Der Rücktritt vom Vertrag. Eine Untersuchung zur Konzeption der Vertragsaufhebung nach der Schuldrechtsreform*, Nomos, 2008.

⁹⁸ Veja-se, neste sentido, LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., C.H. Beck, 1987, p. 403 e ss. e BECKMANN, Von Heiner, «Rechtswirkungen eines unberechtigten Rücktritts von einem Liefervertrag und Auswirkungen auf den Leasingvertrag», *Wertpapier –Mitteilungen*, 2006, p. 952. Para mais desenvolvimentos, veja-se ainda, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 412 e ss. e ZIMMERMANN, Reinhard, *The New... cit.*, p. 72 e «Restitution after Termination for Breach of Contract», *Restitution Law Review*, 1997, vol. 5, p. 13 a 26 (em especial, p. 17 e s.).

⁹⁹ Na hipótese em análise, que tem por objecto os efeitos da resolução sem fundamento no universo dos contratos de execução duradoura, a regra é pois a inversa, isto é, a não retroactividade.

¹⁰⁰ Veja-se, para maiores desenvolvimentos sobre a atribuição de efeitos retroactivos à resolução, SERRA, Adriano Vaz, «Resolução...cit.», p. 210 e ss. Importa salientar, a este propósito, a chamada

ordens jurídicas nacionais, como no Direito convencional. Assim, em *common law*, a regra é de que a cessação do contrato com fundamento em incumprimento produz efeitos apenas *ex nunc*¹⁰¹. Também nos Princípios Unidroit, como de Direito Europeu dos Contratos, a regra é a não retroactividade (artigos 7.3.5.1 e 9.305, respectivamente).

A retroactividade será afastada em quatro situações. Desde logo pela vontade – expressa ou implícita – das partes. Também o será se contrariar a finalidade da resolução, fazendo apenas sentido que esta produza os seus efeitos *ex nunc*. Nos termos do n.º 2 do artigo 434.º do CC aquele efeito também não se produzirá nos contratos de execução duradoura quanto às prestações já efectuadas, «*excepto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas*» (n.º 2 do artigo 434.º do CC). Finalmente, não serão prejudicados pela retroactividade os direitos adquiridos de terceiros (n.º 1 do artigo 435.º do CC). Com efeito, e ao contrário do que sucede no regime da invalidade, na resolução a regra é a da respectiva inoponibilidade a terceiros: os direitos adquiridos por estes, seja gratuita ou onerosamente, de boa ou má fé, não serão afectados pela resolução¹⁰². Apenas se prevê uma excepção: a aquisição de bens imóveis e móveis sujeitos a registo, quando a data de registo

de atenção do Autor para o facto de a «(...) *retroactividade da resolução só [ser] aplicável até onde a finalidade da resolução o justifique. As coisas não devem passar-se totalmente como se nunca tivesse existido o contrato. É um facto que este existiu, que dele podem ter nascido obrigações que a razão de ser da resolução não abranja e que, por isso, devem manter-se*» (*ibid*, p. 211).

¹⁰¹ Para mais desenvolvimentos sobre os efeitos da cessação do contrato por incumprimento, em *common law*, em especial a distinção entre *termination* e *rescission*, veja-se *infra* capítulo II, §1.1.

¹⁰² A propósito da discussão sobre a atribuição de efeitos retroactivos à resolução e, em particular, sobre a sua (in)oponibilidade a terceiros, defendia VAZ SERRA, no âmbito dos trabalhos preparatórios do CC, que a «(...) *a extinção da relação contratual deve dizer respeito apenas ao contrato obrigacional e, portanto, somente à relação entre as partes, não já à relação com terceiros. Terceiros não têm que ser atingidos por uma resolução baseada numa convenção entre as partes e que, por isso, só a estas obriga. E, no caso de resolução fundada na lei, mal se perceberia que, resolvendo-se o contrato por inexecução de uma das partes, pudesse resultar daí prejuízo para terceiros, isto é, que os direitos destes ficassem à mercê do procedimento dos contraentes. (...) Portanto a retroactividade da resolução seria meramente obrigacional, respeitando os direitos de terceiros adquirentes*» («Resolução...*cit.*», p. 199 e 201).

da acção de resolução seja anterior à do registo da propriedade sobre aqueles (n.º 2 do artigo 435.º do CC).

Simultaneamente com a extinção do vínculo negocial, a resolução dá origem a novas obrigações.

(c) Restituição

De entre as obrigações espoletadas pela resolução, surge a obrigação de devolver as prestações que tenham sido recebidas na execução do contrato dissolvido (artigo 289.º)¹⁰³.

A lei impõe que a restituição deve ser realizada em espécie, excepto quando tal não seja possível, caso em que deverá ser efectuada no valor correspondente (artigo 289.º, n.º 1, *in fine*).

A determinação do conteúdo da obrigação de restituição deverá ser realizada, por remissão do n.º 3 do artigo 289.º, com base nas regras constantes dos artigos 1269.º e seguintes, referentes aos efeitos da posse. Destas, e em especial do artigo 1269.º do CC¹⁰⁴, retira-se que se uma das partes não estiver em

¹⁰³ Note-se que estas obrigações de fonte legal, que têm como fim a reconstituição da situação anterior à celebração do contrato, se encontram ligadas por uma certa relação de interdependência, que se manifesta no artigo 290.º do CC quando impõe que «*devem ser cumpridas simultaneamente*» e, ainda, quando se refere que são «*extensivas, na parte aplicável, as normas relativas à excepção de não cumprimento*». P. ROMANO MARTÍNEZ retira desta extensão do direito a invocar a excepção de não cumprimento no âmbito das obrigações de restituição, o direito a invocar o direito de retenção (*Da Cessação...cit.*, p. 193). Não nos parece todavia, salvo o devido respeito, que esta extensão seja possível, em especial com o fundamento invocado pelo Autor. De facto, excepção de não cumprimento e direito de retenção têm fundamentos muito diversos. Enquanto aquela tem por base o sinalagma que une duas ou mais prestações e como fim a preservação do equilíbrio contratual desenhado pelas partes, este tem como função exclusiva a garantia de um crédito, não lhe subjazendo qualquer preocupação reconduzível à noção de equilíbrio contratual. Refira-se ainda a propósito da relação entre as obrigações de restituição resultantes da resolução, o §348 do BGB – *Erfüllung Zug-um-Zug* – nos termos do qual aquelas devem ser cumpridas simultânea e reciprocamente pelas partes. Veja-se ainda, FARRAJOTA, J., «A exclusão da excepção de não cumprimento no regime das cláusulas contratuais gerais», *Sub Judice*, n.º 39, Abril/Junho 2007, p. 70 e ss.

¹⁰⁴ O artigo 1269.º do CC determina que «[o] possuidor de má fé só responde pela perda ou deterioração da coisa se tiver procedido com culpa». A boa fé deverá ser aferida com base no artigo 1260.º do CC, nos termos do qual está de boa fé aquele que ignora que lesava o direito da

condições de restituir o que foi prestado por causa que não lhe seja imputável e, simultaneamente, se encontrar de boa fé, não responde pelo prejuízo. Resulta ainda desta disposição que o obrigado à restituição apenas se encontra obrigado a ressarcir a contraparte pelo valor correspondente ao uso que fez da coisa quando esta se tiver deteriorado em resultado de acção culposa.

Embora seja pacífico que a obrigação de restituição abrange os direitos resultantes da prestação, debate a doutrina, se se deve estender a todos os direitos resultantes daquela desde o momento da sua realização ou apenas àqueles que tenham surgido depois da declaração de resolução.

No que aos frutos da prestação concerne e contrariando um princípio puro de retroactividade, determina a lei que os frutos percebidos até ao momento da declaração de resolução não são parte do conteúdo da obrigação de restituição, desde que o contraente estivesse de boa fé (artigo 1270.º do CC)¹⁰⁵. Caso não estivesse, deverá devolver, juntamente com a prestação, os correspondentes frutos.

Por sua vez, no que diz respeito à repartição dos encargos suportados com o objecto da prestação, a regra, definida pelo artigo 1272.º do CC, determina que estes sejam repartidos proporcionalmente aos direitos de cada uma das partes sobre os frutos da prestação.

Finalmente, importa referir que, excepcionalmente, por força do disposto no n.º 2 do artigo 289.º, pode a obrigação de restituição estender-se a terceiros.

Como última nota a propósito desta obrigação, saliente-se que ainda que a resolução não tenha efeitos retroactivos, encontra-se cada uma das partes obrigada a restituir tudo o que tenha recebido da contraparte em execução do contrato e que a esta pertença.

contraparte. Encontrar-se-á assim de má fé, a parte que celebrou um contrato sabendo de antemão que não o iria cumprir e que pretendia com o mesmo usufruir do objecto da prestação da contraparte.

¹⁰⁵ Defendendo solução oposta, de restituição dos frutos percebidos e existentes, veja-se SERRA, Adriano Vaz, «Resolução...*cit.*», p. 222.

(d) Indemnização

Independentemente da resolução do contrato, pode o credor, por força do disposto no n.º 2 do artigo 801.º do CC, exigir uma indemnização ao devedor^{106/107}. O conteúdo desta obrigação deverá ser determinado com recurso às regras gerais dos artigos 562.º e seguintes.

Não definindo o regime geral da resolução, de forma directa, a medida da indemnização cumulável com a resolução, doutrina e jurisprudência dividem-se quanto à questão de saber se aquela visa colocar o lesado na posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido – *interesse contratual positivo* ou *interesse no cumprimento* – ou na situação em que estaria se não tivesse sequer celebrado o contrato – *interesse contratual negativo*.

A doutrina dita clássica, que prevaleceu posteriormente à aprovação do Código Civil de 1966, entende que esta obrigação abrange apenas o interesse contratual *negativo* do credor^{108/109}. Assenta esta posição, essencialmente, na eficácia retroactiva da resolução, por um lado, e, por outro, na incoerência da posição do credor que, depois de extinguir o contrato, pretende, fundando-se neste, obter uma indemnização pelo interesse no cumprimento.

Trata-se, todavia, de uma orientação que não é unânime, existindo uma outra doutrina, desde o Código de Seabra, entre a qual se encontram VAZ

¹⁰⁶ Note-se que uma das alterações introduzidas no BGB pela *Modernisierung* se prende precisamente com a possibilidade de cumulação do direito de resolução e do direito de indemnização (§325 BGB). Veja-se, a este propósito, GRUNDMANN, Stefan, «Germany and the Schuldrechtsmodernisierung», *European Review of Contract Law*, 2005, vol. 1, 2005, n.º 1, p. 138 e MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, e JOHNSTON, Angus, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., Hart, 2006, p. 420.

¹⁰⁷ Veja-se, entre outros, MACHADO, João Baptista, «A resolução por incumprimento e a indemnização», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 195 a 213.

¹⁰⁸ Assim, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 412; VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, II, p. 109; e COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito...cit.*, p. 1044 e ss.

¹⁰⁹ Note-se que na vigência do Código de Seabra a orientação dominante era aquela que reconhecia a faculdade de cumulação com a resolução de um direito à indemnização pelo dano contratual *positivo*. Veja-se, neste sentido, PRATA, Ana, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, reimp. da edição de 1985, Almedina, 2005, p. 484, nota de rodapé n.º 936.

SERRA¹¹⁰, ANA PRATA¹¹¹, BAPTISTA MACHADO¹¹², P. ROMANO MARTÍNEZ¹¹³, MENEZES CORDEIRO¹¹⁴ e PAULO MOTA PINTO¹¹⁵, que defende a cumulação da resolução com uma indemnização pelo interesse contratual *positivo* do credor. Esta é ainda, refira-se, a posição dominante no Direito francês, italiano, alemão, inglês, norte-americano, bem como em diferentes instrumentos internacionais – *v.g.*, na Convenção de Viena sobre os Contratos de Venda Internacional de Mercadoria¹¹⁶, nos Princípios Unidroit e nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos – e na doutrina nacional mais recente¹¹⁷.

A jurisprudência apresentava-se, até há pouco, em linha com a doutrina clássica¹¹⁸. Parece, no entanto, encontrar-se em curso uma inversão tanto da posição do Supremo Tribunal de Justiça, como do Tribunal da Relação de Lisboa, já que, pontualmente e desde 2009, ambos os tribunais têm vindo a admitir a cumulação da resolução com uma indemnização pelo interesse contratual *positivo*¹¹⁹. O Supremo Tribunal de Justiça admite que, «(...) *em regra*

¹¹⁰ SERRA, Adriano Vaz, «Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 47, Julho de 1955, p. 39 e s.

¹¹¹ PRATA, Ana, *Cláusulas...cit.*, p. 479 e ss.

¹¹² MACHADO, João Baptista, «*Pressupostos...cit.*», p. 175.

¹¹³ *Da Cessação...cit.*, p. 208 e ss.

¹¹⁴ *Tratado...cit.*, II, IV, p. 161 e s.

¹¹⁵ Veja-se a tese de doutoramento do Autor, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. I e II, Coimbra Editora, 2009, bem como a anotação aos acórdãos de 12.02.2009 e 21.10.2010, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 140, p. 315 a 324.

¹¹⁶ Veja-se, quanto à indemnização cumulável com a resolução no âmbito da Convenção de Viena, o artigo de MARIANNA CHAVES que apresenta um estudo comparado sobre o tratamento jurídico do incumprimento de contratos internacionais de compra e venda de mercadorias na referida Convenção, no Direito português e no Direito brasileiro, «Contratos internacionais de compra e venda de mercadorias: efeitos do incumprimento à luz dos ordenamentos brasileiro e português e da convenção das nações unidas sobre a venda internacional de mercadorias», *Estudos sobre Incumprimento do Contrato*, coordenação de Maria Olinda Garcia, 2011, Coimbra Editora, p. 184 e ss.

¹¹⁷ Neste sentido, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...cit.*, II, p. 1616 a 1639, bem como CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 160 a 162.

¹¹⁸ Veja-se, a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.04.2008, proc. n.º 08A744, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁹ Assim, os acórdãos do STJ de 12.02.2009 (proc. n.º 08B4052) e de 21.10.2010 (proc. n.º 1285/07, ambos disponíveis em www.dgsi.pt), bem como o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.09.2011 (*Colectânea de Jurisprudência*, XXXVI, 2011, tomo IV, p. 85 a 91). Note-se todavia que o acórdão do STJ de 12.02.2009, apesar de admitir a indemnização pelo interesse contratual

(...), será admissível a cumulação da resolução do contrato com o pedido de indemnização pelo interesse positivo», dependendo o reconhecimento desta cumulação de uma ponderação do tipo de contrato e do circunstancialismo concretos, de forma a assegurar que tal não resulte num desequilíbrio ou benefício injustificado^{120/121}.

§2.2. NOTAS PRELIMINARES SOBRE A RESOLUÇÃO INFUNDADA

1. Conceito e terminologia adoptada

Apenas quando se encontrem preenchidos os pressupostos de existência do direito de resolução, bem como os respectivos pressupostos de exercício, será a resolução lícita. Interessa-nos todavia aqui não o exercício regular desta faculdade, mas o lado menos saudável daquele: a resolução emitida fora do respectivo quadro legal, do *licet*, em resultado da ausência de fundamento, *in casu*, o incumprimento. De facto, obtendo-se a resolução – em regra – por mera declaração à contraparte, nada obsta a que seja emitida sem que se verifique uma situação de incumprimento contratual relevante nos termos da lei.

positivo, se encontra ainda muito próximo da doutrina clássica, segundo a qual a regra é a impossibilidade da cumulação da resolução com a indemnização pelo interesse positivo. Criticando a decisão do acórdão do STJ de 12.02.2009, veja-se PAULO MOTA PINTO, em anotação aos acórdãos de 12.02.2009 e 21.10.2010, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 140, p. 315 a 320. A mudança de orientação jurisprudencial quanto à questão do cômputo da indemnização cumulável com a resolução surge verdadeiramente no acórdão do STJ de 21.10.2010.

¹²⁰ Acórdão de 21.10.2010, proc. n.º 1285/07, disponível em www.dgsi.pt.

¹²¹ Para mais desenvolvimentos quanto a esta questão e a discussão doutrinal que a envolve, veja-se FARIA, João Ribeiro de, «A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato. Novamente a questão», *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001, p. 11 a 62; MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação ...*, cit., p. 205 e ss; PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual...cit.*, I e II; e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, vol. II – Transmissão e Extinção das Obrigações; Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 8.ª ed., Almedina, 2011, p. 274 e ss.

A declaração de resolução, emitida em desconformidade com a *lei* ou a *convenção das partes*, não encontra uma designação consensual junto da doutrina e jurisprudência nacionais.

RAÚL GUICHARD e SOFIA PAIS designam esta forma de resolução por *resolução ilegítima*¹²². P. ROMANO MARTÍNEZ, por sua vez, apelida a resolução «(...) exercida em desrespeito de exigências formais, de pressupostos ou de direitos da contraparte ou de terceiros» por *resolução ilícita*¹²³. Também a lei recorre ao termo ilicitude para designar a declaração de resolução emitida em violação da lei. Veja-se assim, a título de exemplo, o Código do Trabalho que se refere à ilicitude do despedimento e à resolução ilícita do contrato de trabalho pelo trabalhador (artigo 381.º e ss. e 399.º, respectivamente).

O Supremo Tribunal de Justiça alude a *resolução ilegal*¹²⁴.

Embora a declaração de resolução por incumprimento emitida sem fundamento seja reconduzível à categoria de resolução ilícita, a verdade é que esta expressão abrange outras causas de ilicitude da resolução. Limitando-se o nosso estudo aos casos de patologia da resolução por ausência de incumprimento susceptível de, nos termos da lei, constituir fundamento bastante para o exercício desta faculdade, optámos pela expressão *resolução infundada*, muito embora se trate ainda de uma expressão imprecisa, já que nos interessa apenas a não verificação de um fundamento em particular – o incumprimento¹²⁵. Todavia, por facilidade de expressão, será esta a terminologia adoptada para designar de forma sintética o objecto do nosso estudo.

¹²² «Contrato-Promessa...*cit.*», p. 316.

¹²³ *Da Cessação...cit.*, p. 75.

¹²⁴ Veja-se, designadamente, o acórdão do STJ de 19.13.1985 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 345, p. 413).

¹²⁵ Encontrámos o recurso a uma expressão próxima («*risoluzione su basi infondate*») em TARTAGLIA, P., «Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla contraparte e inadempimento prima del termine», *Rivista di Diritto Civile*, 1977, II, p. 23.

2. Sinopse do estado da arte

O cerne da problemática da resolução infundada reside, num primeiro momento, nos respectivos efeitos na vigência do contrato, isto é, no esclarecimento da questão da produção do efeito extintivo, atendendo ao carácter ilícito da declaração. Será este então o nosso ponto de partida na análise do estado da arte da doutrina nacional.

2.1 A Doutrina

(a) Uma declaração eficaz

Parte significativa da doutrina nacional tende a reconhecer eficácia extintiva à declaração resolutiva ilícita. Assim, não obstante a desconformidade daquela declaração com a lei, o contrato alvo da mesma seria destruído.

Como teremos oportunidade de ver adiante de forma mais detalhada, a propósito do regime da cessação do contrato de trabalho, P. ROMANO MARTÍNEZ entende que a resolução ilícita representa o *incumprimento* do contrato. Não ficámos todavia totalmente esclarecidos quanto ao pensamento do Autor. Assim, embora comece por afirmar que «(...) a resolução contrária à lei seria nula (art. 280^o, n.º 1 do CC), inválida, portanto (...)»¹²⁶, logo em seguida, partindo da impossibilidade de autonomização da declaração de resolução do contrato, retira que esta deve ser analisada como modo de cumprimento ou incumprimento do contrato, concluindo finalmente que «(...) a resolução ilícita não é inválida: representa o incumprimento do contrato» e, «(...) por via de regra, produz de imediato o efeito extintivo (...)»¹²⁷. Não transparece todavia de forma

¹²⁶ *Da Cessação...cit.*, p. 221.

¹²⁷ *Da Cessação...cit.*, p. 221 e s.

clara a razão de ser desta aparente incompatibilidade entre *invalidade* e *incumprimento* aceite pelo Autor como premissa da construção apresentada.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO desenvolveu a problemática da resolução infundada no quadro do contrato de agência e, em geral, nos contratos de distribuição comercial¹²⁸. Para o Autor, perante uma tal declaração, duas soluções possíveis se perfilam. Uma primeira, mais indicada no plano dos princípios, em que o contrato se manteria, fruto do carácter ilícito do exercício do direito resolutivo desprovido de fundamento. Neste caso a parte adimplente teria direito a ser indemnizada pelos danos causados pela «suspensão» do contrato, i.e., pelo período decorrido até à decisão da acção onde se apreciase a licitude do acto. Outra, de ordem mais prática, em que o contrato se extinguiria, traduzindo-se a resolução sem fundamento num incumprimento contratual, gerador de uma obrigação de indemnizar a parte inadimplente.

Muito embora reconhecendo que esta segunda orientação se traduz na admissibilidade da obtenção pelo devedor do resultado pretendido por meio de um comportamento ilícito, o Autor defende a respectiva adopção, apresentando para o efeito um conjunto de argumentos. De um lado salienta que, na prática, nem sempre será possível ou aconselhável impor a subsistência do contrato. E isto porque pode ter decorrido um longo período de tempo em que a relação entre as partes, de facto, cessou e em que se podem ter estabelecido relações alternativas com terceiros, com vista à satisfação dos interesses regulados pelo contrato *em crise*. Por outro lado, afirma o Autor, solução diversa também não se compaginaria com o carácter extrajudicial da resolução e a natureza meramente declarativa da acção judicial que aprecia a declaração de resolução¹²⁹. Como último argumento, apresenta a possibilidade de o contraente que resolve o contrato poder sempre denunciá-lo, caso se trate de um contrato

¹²⁸ *Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial*, 3.^a reimp. da edição de 2001, Almedina, 2009, p. 149 e ss. e *Contrato de Agência. Anotação*, 7.^a ed., Almedina, 2010, p. 134 e ss.

¹²⁹ MONTEIRO, António Pinto, *Contrato...cit.*, p. 138.

de duração indeterminada. Seria assim possível, em regra, equiparar a resolução sem fundamento a uma denúncia sem respeito pelo pré-aviso legal que, por sua vez, confere apenas ao lesado o direito a uma indemnização, nos termos do n.º 1 do artigo 29.º do regime jurídico do contrato de agência¹³⁰. Finalmente refere ainda, em abono desta posição, a equiparação, pela doutrina e jurisprudência, da resolução sem fundamento à recusa de cumprir e desta ao incumprimento definitivo¹³¹. Menos claras permaneceram-nos as razões que conduzem o Autor, de um lado, a qualificar a declaração de resolução infundada como incumprimento contratual na segunda hipótese aventada – em que o contrato se extinguiu por efeito da resolução infundada – e, de outro, a recusar tal qualificação na primeira solução apresentada¹³².

ASSUNÇÃO CRISTAS entende que a declaração de resolução – ainda que ilícita – destrói o contrato no momento em que se torna eficaz, chegando a tal conclusão pela combinação do modelo extrajudicial de resolução com *o normal direito ao cumprimento das obrigações*. Se a inexistência de fundamento da resolução for provada judicialmente, a resolução, esclarece a Autora, não *desaparece*, operando-se apenas uma modificação da respectiva valoração jurídica e dos seus efeitos: a resolução – anteriormente um acto legítimo –

¹³⁰ Pouco clara pareceu-nos a remissão do Autor para um acórdão da Relação do Porto de 13 de Março de 1997, a propósito da posição propugnada. Se, de facto, a Relação do Porto manifesta o entendimento de que «(...) mesmo que a requerente prove que a resolução foi feita sem justa causa, nunca ela pode pedir na acção principal que o contrato resolvido renasça, impondo-se à requerida a continuação», parece fundamentar esta posição na impossibilidade de execução específica do contrato de agência, na medida em que afirma: «[s]e a requerente vier a intentar acção contra a requerida e demonstrar que o contrato foi resolvido sem justa causa, sendo ela contraente-cumpridora, e exigir o cumprimento do contrato, porque não é possível a execução específica, apenas prevista para o contrato-promessa (artº 830º C. Civil), a requerente apenas poderá pedir nessa acção o cumprimento sucedâneo. Ora, o sucedâneo do cumprimento do contrato “mais não é do que a indemnização a que o contraente-cumpridor tem direito, fixado em função do seu contrato tivesse sido pontualmente cumprido”. Apenas pode peticionar indemnização por resolução do contrato sem justa causa, evidente se torna que a requerente não pode pedir nessa acção que a requerida seja obrigada a continuar a relação obrigacional resolvida, fornecendo-lhe os seus produtos mediante pagamento» (Colectânea de Jurisprudência, Ano XXII, II, p. 198).

¹³¹ MONTEIRO, António Pinto, *Direito... cit.*, p. 150, nota de rodapé n.º 282.

¹³² Para mais desenvolvimentos quanto à resolução infundada no regime do contrato de agência, veja-se *infra*, capítulo III, §1.5.

transforma-se em ilícito, com sentido de incumprimento. Assim, apesar de o contrato ter cessado *irremediavelmente*, o credor pode ainda exigir o cumprimento e oferecer a contraprestação¹³³. Também aqui a solução apresentada não nos surge como clara, na medida em que parece prever o cumprimento do contrato (prestação e contraprestação) após a respectiva extinção. Se, de facto, o contrato se extinguiu, então também se extinguíram as pretensões jurídicas das partes ao cumprimento. Esta é, no nosso entendimento, a única posição consentânea com o entendimento segundo o qual o contrato se extingue por mero efeito da declaração de resolução. Neste sentido BECKMANN, na doutrina alemã, afirma que um dos efeitos do exercício do direito de resolução consiste na extinção dos direitos das partes ao cumprimento, bem como de quaisquer acções judiciais que tenham por base o interesse no cumprimento¹³⁴.

Esta crítica é extensível a toda a doutrina que, reconhecendo eficácia extintiva à resolução, simultaneamente a qualifica como acto de incumprimento contratual. Extinguindo-se o contrato não se deverá falar em incumprimento, na medida em que deixou de haver *objecto* de incumprimento. De facto, ainda que se enquadre a resolução infundada na figura do incumprimento do contrato, ao afirmar-se, simultaneamente, que extingue o contrato, sempre se terá de reconhecer que a sua vertente de acto de destruição do contrato consome aquela outra.

BRANDÃO PROENÇA, embora parecendo atribuir eficácia extintiva à declaração de resolução ilícita – afirmando que esta se produziu, inelutavelmente, *nos momentos previstos no art. 224^o, 1, 1^a parte, do C.C.*¹³⁵ – reconhece nesta uma modalidade de recusa de cumprimento¹³⁶ e, bem assim,

¹³³ CRISTAS, Assunção, «É possível... *cit.*», p. 63.

¹³⁴ «*Rechtswirkungen...cit.*», p. 952.

¹³⁵ *A Resolução... cit.*, p. 153.

¹³⁶ *Do incumprimento do contrato de promessa bilateral: a dualidade: execução específica – resolução*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, p. 89.

como teremos oportunidade de ver adiante em maior detalhe, uma forma de incumprimento¹³⁷. Ressalva o Autor, os casos em que nos encontremos «(...) *face a uma representação infundada e não culposa do incumprimento da contraparte (...)*» do devedor-declarante, caso em que não deverá este ser colocado numa situação de incumprimento, devendo ser mantido o contrato¹³⁸.

Refira-se ainda, finalmente, a posição de PAIS DE VASCONCELOS para quem a resolução sem fundamento, apesar da respectiva ilicitude, será em princípio eficaz, consubstanciando todavia o incumprimento definitivo do contrato. Excepcionalmente apenas, admite o Autor, nos casos em que a relação contratual tem especial relevância social – por exemplo, no caso do contrato de trabalho – a ilicitude poderá ter como consequência a ineficácia da resolução¹³⁹.

(b) Uma declaração ineficaz

Apenas uma doutrina minoritária entende que a resolução ferida de ilicitude se encontra desprovida de eficácia extintiva.

O Autor que porventura mais terá aprofundado a questão da (in)eficácia da resolução infundada – muito embora o tenha feito de forma marginal – foi PAULO MOTA PINTO, cujo entendimento tendemos a partilhar. Defende este Autor a ineficácia daquela declaração «(...) *por não possuir fundamento jurídico e o resolvente não ser titular do correspondente direito potestativo*»¹⁴⁰. Nestes casos, não há, na realidade um direito de resolução, pelo que não poderá, conseqüentemente, produzir-se a extinção do contrato. Face ao exposto, conclui PAULO MOTA PINTO, a sentença que reconheça a inexistência de fundamento da resolução tem como efeito declarar que o contrato, afinal, não se extinguiu.

¹³⁷ O Autor esclarece que não se trata de um incumprimento *tout court*, mas de uma forma de incumprimento com um regime próprio, como teremos oportunidade de ver em maior detalhe, *infra*, capítulo IV, §2.1, 2.2.

¹³⁸ *A Resolução...cit.*, p. 152 e 153.

¹³⁹ *Teoria...cit.*, p. 773.

¹⁴⁰ *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1675, nota de rodapé n.º 4861.

O Autor admite todavia que, nos casos em que o resolvente dispusesse de um direito de denúncia *ad nutum*, a resolução sem fundamento possa ser equiparada, ou mesmo convertida, a uma denúncia sem pré-aviso. As duas únicas possíveis consequências da declaração de resolução infundada são assim, para PAULO MOTA PINTO, de um lado a manutenção do contrato, acompanhada do respectivo não cumprimento e, de outro, a sua extinção, acompanhada de responsabilidade pelo desrespeito da obrigação de pré-aviso a que o exercício da denúncia se encontra sujeito¹⁴¹. Adicionalmente entende o Autor, respondendo aos argumentos avançados por PINTO MONTEIRO, não dever este princípio encontrar-se sujeito a desvios por razões de ordem *prática*, designadamente por dificuldades na retoma da relação contratual, «(...) *sob pena de se estar a conceder directa prevalência, sobre a inequívoca força do Direito ao facto ilícito (...) e ao decurso do tempo*»¹⁴². Por outro lado, continua, se se considerasse que o contrato se extinguia por efeito da resolução infundada, estar-se-ia a vedar ao credor a possibilidade de requerer a execução específica – quando esta fosse possível, abrindo assim a porta para que o devedor, sempre que quisesse eximir-se àquela, pusesse fim ao contrato, resolvendo-o, ainda que sem fundamento. Finalmente, considerando que a obrigação de indemnizar depende de culpa, sempre que o comportamento do devedor ao resolver infundadamente o contrato não fosse culposo, deixar-se-ia o credor sem qualquer protecção.

CALVÃO DA SILVA, a propósito de um caso em que a resolução foi declarada sem que se verificasse um seu pressuposto – o incumprimento – afirma a ilegalidade e ineficácia da mesma. Acrescenta o Autor ainda que a intervenção do tribunal é de mera apreciação da legalidade da resolução, i.e., de

¹⁴¹ *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1676, nota de rodapé n.º 4861.

¹⁴² *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1675, nota de rodapé n.º 4861. No mesmo sentido, defendendo a ineficácia da resolução infundada contra a proposta de PINTO MONTEIRO, BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lex, 1994, p. 79 e OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Almedina, 2011, p. 894 e ss.

verificação dos respectivos pressupostos e de declaração da existência ou inexistência e eficácia da mesma¹⁴³.

Finalmente, BAPTISTA MACHADO, ao afirmar que a *existência* do direito de resolução se encontra dependente da verificação do respectivo fundamento¹⁴⁴, parece inclinar-se no sentido da ineficácia da declaração resolutiva sem fundamento. Acrescente-se ainda que, para BAPTISTA MACHADO, a declaração de resolução infundada consubstancia uma forma de recusa de cumprimento¹⁴⁵.

2.2. A jurisprudência

A jurisprudência tende a eximir-se da discussão relativa à eficácia da resolução infundada, limitando-se, em regra, a qualificá-la como um *ilícito civil*, fonte de responsabilidade^{146/147}, não chegando assim a analisar a questão da validade do acto, bem como dos seus efeitos no âmbito da relação contratual¹⁴⁸.

Nos – escassos – casos em que se pronuncia sobre esta matéria, a orientação maioritária reconhece eficácia extintiva à declaração infundada. Veja-se, neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.10.2010. Concluindo pela ilicitude da resolução, resultante da inexistência de fundamento, o tribunal afirma que tal não contende com a respectiva validade

¹⁴³ «A Declaração...*cit.*, p. 134 e 135.

¹⁴⁴ «Pressupostos...*cit.*, p. 130 e 131.

¹⁴⁵ Anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 275, nota de rodapé n.º 2.

¹⁴⁶ Veja-se, neste sentido, o acórdão do STJ de 18.11.1999, onde a propósito da resolução de um contrato de concessão comercial, o tribunal afirma: «[a] ré resolveu o contrato sem motivo praticando com isso um ilícito civil que atingiu a posição contratual da outra parte (a autora). Daí que a autora tenha direito a ser indemnizada pelos danos sofridos na sequência de uma resolução contratual não motivada e, por isso, ilícita» (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 491, p. 299).

¹⁴⁷ Também no Direito francês, «[l]a jurisprudence traite ainsi la rupture abusive comme une simple source de responsabilité civile, envisagée sous l'angle de l'article 1382 du Code civil ou, mais ce n'est pas substantiellement différent, sous celui de la déloyauté (C. civ. Art. 1134, al. 3)» (STOFFEL-MUNCK, Phillipe, «Le contrôle...*cit.*, p. 70).

¹⁴⁸ Ainda no Direito francês, a propósito desta questão, em geral e, em especial, do direito de denúncia, refere STOFFEL-MUNCK, «[d]ans cette optique de responsabilité civile, il n'est pas question de juger de la validité de l'acte constituant l'exercice d'une liberté (...)» («Le contrôle...*cit.*, p. 70).

ou eficácia: «(...) incontornável é o facto de a declaração resolutiva ter efectivamente existido. Foi ilícita, por infundada, mas consumou-se e, como tal, produz efeitos. (...) Recebida pela contraparte a declaração resolutiva o contrato extingue-se, constituindo a falta de fundamento da resolução um acto ilícito gerador de uma situação de incumprimento»¹⁴⁹. Também a Relação de Lisboa, num acórdão de 03.12.2009, perante a resolução sem fundamento emitida pelos promitentes compradores, acompanhada pela afirmação de perda de interesse no contrato, concluiu estar-se perante uma recusa definitiva de cumprimento que, nos termos do n.º 2 do artigo 442.º do CC, conferia ao promitente vendedor o direito de fazer sua a quantia prestada a título de sinal. A resolução parece também aqui ter extinguido o contrato¹⁵⁰. Veja-se ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.03.2011, em que o tribunal afirma: «[a] declaração resolutiva, sendo uma declaração receptícia, produz os seus efeitos logo que recebida pela contraparte, ficando resolvido definitivamente o contrato, independentemente de tal resolução ser legal ou ilegal»¹⁵¹.

Apenas uma jurisprudência minoritária reconduz à (in)validade a declaração de resolução infundada, parecendo inclinar-se no sentido da respectiva nulidade.

Assim, a propósito do pedido de reconhecimento da validade e eficácia de uma declaração de resolução de um contrato de locação financeira, em 2009, o STJ concluiu que «[i]nexistindo uma situação de impossibilidade da prestação ou de incumprimento definitivo, carece o autor de base legal para proceder, validamente, à resolução do contrato, e como, de igual modo, não tem fundamento convencional para exercer esse direito, não pode, conseqüentemente ver o réu condenado a restituir os equipamentos, objecto do contrato de locação financeira, nos termos do estipulado pelos artigos 801.º, n.ºs 1 e 2, e 432.º, n.º 1, ambos do CC. (...) [P]orquanto improcedeu o

¹⁴⁹ Proc. n.º 133/2002.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵⁰ Proc. n.º 5679/06.7TVLSB.L1-8, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵¹ Proc. n.º 4015/07.0TBVNG.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

pedido de reconhecimento judicial da legalidade, validade e eficácia da resolução do contrato»¹⁵². Em 2008, no quadro de uma declaração de resolução de um contrato de subempreitada, entendeu o STJ que, «[t]endo a empreiteira comunicado à subempreiteira a resolução do contrato de subempreitada (...) no errado pressuposto do seu incumprimento, deve considerar-se a nulidade da declaração (...)»¹⁵³.

3. Conclusões parciais

A análise da doutrina e jurisprudência nacionais sobre a questão da resolução infundada revela que o tema, além de não constar de obras fundamentais do Direito das Obrigações, é, em geral, objecto de uma abordagem superficial e, frequentemente, pouco clara¹⁵⁴. Em regra, esta matéria é afluada apenas de passagem ou, como teremos oportunidade de ver adiante, a propósito da análise de normas de aplicação limitada a específicos tipos contratuais, como por exemplo o contrato de trabalho.

¹⁵² Acórdão do STJ de 28.04.2009, proc. n.º 09A0679 (disponível em www.dgsi.pt).

¹⁵³ Acórdão do STJ de 07.02.2008, proc. n.º 08B192 (disponível em www.dgsi.pt).

¹⁵⁴ Veja-se, neste sentido, CRISTAS, Assunção, «É possível...cit.», p. 59.

CAPÍTULO II

OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO INFUNDADA EM ALGUNS DIREITOS ESTRANGEIROS

Encontrando-se o tratamento da resolução infundada num estágio quase embrionário no sistema jurídico nacional, não existindo ainda uma orientação consolidada sobre o tema, afigura-se de especial interesse – antes de ensaiar um enquadramento da figura no Direito português – realizar uma incursão noutras ordens jurídicas mais atentas às questões suscitadas por aquela figura.

O presente capítulo será assim dedicado ao estudo da resolução infundada nas ordens jurídicas de *common law*, num primeiro tempo e, num segundo, em algumas ordens da família romano-germânica.

§1. DIREITOS DE COMMON LAW

A ANTICIPATORY BREACH

A resolução infundada não é, em regra, objecto de tratamento autónomo na doutrina anglo-saxónica, sendo antes abordada no âmbito de uma outra figura, a *repudiation*, à qual é reconduzida: «[t]ermination is a risky course of action because if a party terminates in circumstances where he is not entitled to do so, his termination will amount to a wrongful repudiation of the contract (...)»¹⁵⁵.

Importa assim, antes do mais, esclarecer os contornos desta figura, distinguindo-a de outras próximas.

¹⁵⁵ BIRDS, John, BRADGATE, Robert, e VILLIERS, Charlotte, *Termination of Contracts*, Wiley Chancery, 1995, p. 19. Também NIENABER afirma que no direito inglês «(...) wrongful dismissal has been said to be a repudiation» («The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy», *The Cambridge Law Journal*, vol. 20, n.º 2, Julho 1962, p. 227). Veja-se ainda, no mesmo sentido, BEALE quando afirma que «[a] party need not give any reason for terminating and may even terminate after giving an unsupportable reason, but he must be able to show that he had the right to do so at the relevant time or he will be himself guilty of a repudiation or breach» (*Remedies... cit.*, p. 68); e BEALE, H., BISHOP, W.D., FURMSTON, M.P., *Contract. Cases and Materials*, 3ª ed., Butterworths, 1995, p. 515.

§1.1. NOTA

TERMINATION, REPUDIATION E RESCISSION

É frequente, nas ordens jurídicas de *common law*, encontrar alguma confusão terminológica quanto à designação dos diferentes instrumentos de cessação unilateral do contrato. Os termos *rescission* e *repudiation, termination* ou *discharge of the contract*, tendem, de facto, a ser utilizados de forma indiscriminada, criando com isso alguma neblina no que aos respectivos efeitos concerne. Com efeito, a ausência de rigor terminológico na denominação da cessação do contrato não se resume a uma mera questão formal, revelando uma confusão conceptual, de ordem substancial, já que, com o mesmo termo se pretende, designadamente, ora significar que o contrato cessa *ex nunc*, ora *ex tunc*^{156/157}.

A tradicional separação entre *common law* e *equity*¹⁵⁸ é, em regra, apontada pela doutrina anglo-saxónica, como a raiz desta falta de rigor terminológico: em *common law* a tendência seria no sentido de recorrer ao termo «*repudiation*», enquanto no contexto da *equity* se utilizaria preferencialmente «*rescission*»¹⁵⁹. Foi neste quadro, e com base nesta tendencial recondução da figura da *termination* (e da *repudiation*) à *common law* e da *rescission* à *equity*, que a *House of Lords* em 1942 e, subsequentemente, em 1980, procurou traçar uma fronteira clara entre estas duas figuras. Assim, em *Heyman v. Darwins Ltd.* (1942), determinou: «[t]o

¹⁵⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a distinção entre *rescission* e *termination*, veja-se O'SULLIVAN, Dominic, ELLIOTT, Steven, e ZAKRZEWSKI, Rafal, *The Law of Rescission*, Oxford University Press, 2008, p. 3 e ss. e p. 60 e 61. Sobre a confusão terminológica, veja-se, em particular, p. 11 e ss.

¹⁵⁷ Veja-se, *inter alia*, KEITH que recorre ao termo *rescission* tanto para se referir à cessação *ex tunc*, como *ex nunc* do contrato, muito embora distinga duas variantes da *rescission* em função do facto que tenha dado origem à cessação do contrato: «[r]escission for breach, unlike rescission for fraud, dates only from the time of the election to rescind, and thus there is no question of restoring parties to their original position, restitutio in integrum» (*Elements... cit.*, p. 91).

¹⁵⁸ Veja-se, quanto à distinção, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Introdução... cit.*, p. 79.

¹⁵⁹ Neste sentido, ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5.^a ed., Clarendon Press, 1995, p. 398.

say that the contract is rescinded or has come to an end or has ceased to exist may in individual cases convey the truth with sufficient accuracy, but the fuller expression that the injured party is thereby absolved from future performance of his obligations under the contract is a more exact description of the position. Strictly speaking, to say that on acceptance of the renunciation of a contract the contract is rescinded is incorrect. In such a case the injured party may accept the renunciation as a breach going to the root of the whole of the consideration. By that acceptance he is discharged from further performance and may bring an action for damages, but the contract itself is not rescinded» (§399). Mais tarde, em 1980, em *Johnson v. Agnew*, afirmou a House of Lords: «[r]escission ab initio is not a remedy for breach» (§383).

1. *Termination e repudiation*

Os termos *termination*, *repudiation* ou *discharge* são usados nas ordens jurídicas inglesa e norte-americana para designar os casos de cessação do contrato meramente para o futuro¹⁶⁰, em que se reconhece, simultaneamente, à parte não faltosa o direito a ser indenizada¹⁶¹.

Em regra, a *termination* não engendra qualquer obrigação para as partes de reposição da situação anterior ao contrato, designadamente através da restituição do prestado¹⁶².

¹⁶⁰ Assim, afirma ATIYAH: «[w]here a contract is subsequently terminated for breach there is no ab initio rescission at all. The termination of the contract simply brings to an end any duty to perform obligations which have not yet been performed» (*An Introduction... cit.*, p. 399).

¹⁶¹ A doutrina refere-se às obrigações de indemnização como *secondary obligations* que se vêm substituir às primárias, assumidas com a celebração do contrato (ver, por todos, BIRDS, John, BRADGATE, Robert, e VILLIERS, Charlotte, *Termination... cit.*, p. 11). Quanto a esta obrigação de indemnização, veja-se ainda TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, 12.^a ed., por Edwin Peel, Sweet & Maxwell, 2007, p. 865 e ss. Muito embora a 12.^a edição da *The Law of Contract* seja a primeira que não surge pela mão de TREITEL, mas de EDWIN PEEL, optámos, ao longo do presente texto, por manter a referência a TREITEL por facilidade de expressão, bem como por, em geral, as divergências em relação à edição de TREITEL não serem significativas. Esclareça-se ainda que, excepto quando o contrário seja expressamente afirmado, as remissões no texto para *The Law of Contract* se referem à 12.^a edição da obra.

¹⁶² Note-se que se trata aqui de uma regra que comporta um número significativo de excepções. Todavia, tendo em conta o objecto do presente estudo de um lado e, de outro, a complexidade e a profusa discussão doutrinal e jurisprudencial que envolve as referidas excepções, não

Este direito de cessação do contrato *ex nunc* encontrar-se-ia reservado aos casos de incumprimento contratual em sentido estrito (*breach*)¹⁶³, i.e., incumprimento de deveres, obrigações resultantes do próprio contrato, abrangendo tanto o não cumprimento *stricto sensu* da obrigação (*non performance*), como a *repudiation*, o cumprimento defeituoso ou ainda a prestação de falsas declarações no contrato (*breach of a promissory representation*)¹⁶⁴.

O instituto, tal como está concebido, tem como finalidade última colocar a parte adimplente na situação em que estaria se tivesse havido cumprimento.

2. Em particular, a *repudiation*

O termo «*repudiation*» (ou «*renunciation*») é usado nas ordens jurídicas inglesa e norte-americana para designar as situações em que uma das partes contratantes, seja pelas suas declarações, seja pela sua conduta, indicia que não cumprirá a respectiva obrigação¹⁶⁵. Acrescente-se ainda que, muito embora em sentido estrito, a *repudiation* dependa da existência de uma intenção de não cumprir, na prática a verificação desta intenção tende a ser irrelevante para a qualificação de uma actuação como *repudiation*¹⁶⁶.

abordaremos aqui este tema, remetendo antes para a análise de ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 410.

¹⁶³ Nos termos do §312 do *Restatement (First) of Contracts*, de 1932, *breach* era definido como «*a non-performance of any contractual duty of immediate performance. A breach may be total or partial, and may take place by failure to perform acts promised, by prevention or hindrance or by repudiation*». Veja-se ainda, sobre o conceito de *breach* no direito inglês, CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution et Faute contractuelle en Droit Comparé (Droits Français, Allemand, Anglais)*, W. Kohlammer Verlag, 1960, p. 122 e ss.

¹⁶⁴ Veja-se, para mais desenvolvimentos quanto a esta modalidade de incumprimento, ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 403.

¹⁶⁵ Neste sentido, WILLISTON, S., «*Repudiation of contracts*», *Harvard Law Review*, vol. XIV, n.º 5, Janeiro de 1901, p. 317.

¹⁶⁶ Neste sentido, WILLISTON, S., «*Repudiation...cit.*, n.º 5, p. 317. Para mais desenvolvimentos sobre o tema da *repudiation*, objecto de uma profícua doutrina, veja-se WILLISTON, S., «*Repudiation...cit.*, n.º 5, p. 317 a 331 e «*Repudiation...cit.*, n.º 6, p. 421 a 441; ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 402; WEIR, Tony, «*Non-Performance of a Contractual Obligation and its Consequences in English Law*», *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale*

A doutrina não é todavia pacífica quanto ao elenco de situações que se encaixa nesta figura, designadamente se se trata apenas de comportamentos ocorridos *antes* do vencimento da obrigação ou não. CHITTY engloba na «*renunciation*» as duas hipóteses, esclarecendo que, sempre que o repúdio ocorra antes do vencimento, nos encontraremos perante uma *anticipatory breach*¹⁶⁷. A mesma orientação é perfilhada por ATIYAH¹⁶⁸. Já outros, como WILLISTON¹⁶⁹ e CARTER, limitam a figura aos casos de recusa de cumprimento *antes* do vencimento, reconhecendo todavia este último que, muito embora o termo *repudiation* se devesse encontrar restringido ao universo de casos de *anticipatory breach*, a verdade é que também tem vindo a ser aplicado a casos de *actual breach*^{170/171}.

A análise da doutrina e jurisprudência mostra-nos, de facto, que o termo *repudiation* tende a ser aplicado a todos os casos em que uma das partes indicia que não cumprirá a sua obrigação, ocorra tal facto antes ou depois do vencimento da obrigação. Pelo que, para efeitos da presente análise, englobaremos na figura da *repudiation* ambos os casos e, bem assim, tanto a declaração de resolução infundada emitida antes, como depois do vencimento.

européu, org. Letizia Vacca, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 85 e s; HARRIS, Donald, CAMPBELL, David e HALSON, Roger, *Remedies in Contract & Tort*, 2.^a ed., Cambridge University Press, 2006, p. 54 e ss.; e FURMSTON, M.P., *Cheshire, Fifoot & Furmston's law of contract*, 15.^a ed., Oxford University Press, 2007, p. 681 e ss.

¹⁶⁷ *Chitty on Contracts, volume I, General Principles*, 29.^a ed., por Hugh Beale, Sweet & Maxwell, 2004, p. 1381. Muito embora a obra citada se encontre muito distante da versão original de CHITTY, cuja primeira edição surgiu em 1826 sob o título *A practical treatise on the law of contracts*, e seja hoje o produto da colaboração de um conjunto de Autores sob a coordenação de BEALE, optámos, no presente texto, por manter a referência a CHITTY, tanto em razão do título da obra, como por facilidade de expressão.

¹⁶⁸ *An Introduction... cit.*, p. 402.

¹⁶⁹ WILLISTON, S., «Repudiation...*cit.*», n.º 5, p. 317.

¹⁷⁰ «The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach», *Modern Law Review*, n.º 47, Julho de 1984, p. 423.

¹⁷¹ Isto é, a casos em que a obrigação relevante já se venceu e cujo incumprimento ocorreu portanto com a *repudiation*.

3. *Rescission*

A *rescission*, por sua vez, ficaria reservada aos casos de cessação do contrato com efeitos retroactivos, dando origem à restituição do prestado, mas não a qualquer direito de indemnização por incumprimento contratual¹⁷². Tal deve-se, essencialmente, ao âmbito de aplicação da *rescission*: a violação de *deveres não contratuais*, decorrentes de regras exteriores ao contrato, resultantes, essencialmente, da *equity*. A *rescission* deverá assim ser aplicada aos casos de *malformação* do contrato¹⁷³, designadamente *pre-contractual fraud*, *misrepresentation*, *duress*, ou ainda à violação de quaisquer obrigações fiduciárias¹⁷⁴. Entendendo-se tais deveres como não contratuais, o respectivo incumprimento não constitui uma violação do contrato, não havendo assim lugar a *damages for breach of contract*¹⁷⁵. Note-se que tal não obsta a que a parte possa, simultaneamente com o exercício do direito de *rescind*, intentar uma acção de responsabilidade civil contra o devedor, com vista ao ressarcimento dos danos provocados pelo incumprimento no quadro da *tort law*.

Na sequência do exercício da *rescission* procura-se, na medida do possível, colocar as partes na situação em que se encontravam antes da celebração do contrato. No caso de tal se revelar completamente inviável, poderá não ser possível recorrer à *rescission*¹⁷⁶. Não sendo a *rescission* possível, restaria à parte adimplente – caso os pressupostos necessários se encontrassem preenchidos – o

¹⁷² Assim, refere ATIYAH, «(...) *rights of rescission are not usually accompanied by, or alternative to, claims for damages*» (*An Introduction... cit.*, p. 401).

¹⁷³ Neste sentido, O'SULLIVAN, Dominic, ELLIOTT, Steven, e ZAKRZEWSKI, Rafal, *The Law... cit.*, p. 3.

¹⁷⁴ Para mais desenvolvimentos sobre esta questão veja-se ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 399 e ss.

¹⁷⁵ Veja-se, nesse sentido, ATIYAH, P.S., *An Introduction...cit.*, p. 401 e 412.

¹⁷⁶ ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 410 e 411. A regra que determina a obrigação de restituição na sequência da *rescission* parece aproximar-se de uma regra de carácter imperativo, na medida em que «[i]f, for instance, the contract provides that on rescission the innocent party shall be entitled to keep any money received, this may amount to a forfeiture clause, which may be void» (*An Introduction... cit.*, p. 412). Veja-se ainda, sobre a impossibilidade de restituição no âmbito da *rescission*, TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 411 e 458.

recurso aos *damages*^{177/178}. Note-se que se trata aqui de *damages* e não de uma *indemnity*, já que esta só pode ser atribuída a par do exercício de um direito de *rescission*¹⁷⁹.

Assim, *grosso modo*, poder-se-á dizer que os casos de *rescission* correspondem àqueles em que há um vício na formação do contrato, enquanto os de *termination* envolvem um incumprimento – seja cumprimento defeituoso, seja incumprimento *tout court* – e a impossibilidade subsequente de cumprimento¹⁸⁰.

Traçado o contorno destas duas formas de cessação unilateral do contrato, atentemos agora, em maior detalhe, nos respectivos efeitos.

4. Efeitos da *termination*

(a) *Damages*

A regra é de que o incumprimento contratual, seja actual, seja antecipado, confere à parte não faltosa o direito a ser indemnizada.

A indemnização tem como finalidade colocar a parte adimplente na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido, devendo englobar tanto os danos resultantes de qualquer incumprimento contratual que já tenha ocorrido, bem como os danos resultantes do incumprimento em causa¹⁸¹.

¹⁷⁷ ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 411.

¹⁷⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o instituto da *rescission*, veja-se O'SULLIVAN, Dominic, ELLIOTT, Steven, e ZAKRZEWSKI, Rafal, *The Law... cit.*, 2008.

¹⁷⁹ TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 401. Quanto à distinção entre *indemnity* e *damages*, veja-se, adiante, 4., alínea (a) e 5, alínea (a).

¹⁸⁰ Neste sentido, O'SULLIVAN, Dominic, ELLIOTT, Steven, e ZAKRZEWSKI, Rafal, *The Law... cit.*, p. 6.

¹⁸¹ BRADGATE, Robert, «Termination... cit.», p. 29. A questão da determinação do *quantum* indemnizatório devido nestas circunstâncias está longe de ser pacífica na doutrina; trata-se de matéria complexa que ultrapassa largamente o objecto do nosso estudo, pelo que não a abordaremos aqui. Para uma análise desta temática veja-se UPEX, Robert, e BENNETT, Geoffrey, *Davies on Contract*, 9.^a ed., Sweet & Maxwell, 2004, p. 276; TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 847 e ss. e 1033 e ss., e «Assessment of Damages for Wrongful Repudiation», *Law Quarterly Review*, n.º

A esta forma de indemnização refere-se a doutrina e jurisprudência inglesa como «*damages*» ou, de forma mais desenvolvida, como «*damages for breach*»¹⁸².

(b) *Return of benefits received*

Não obstante a cessação do contrato por meio de *termination* operar prospectivamente apenas e, conseqüentemente, o direito de pôr fim ao contrato na sequência do incumprimento antecipado não depender da capacidade da parte não faltosa restituir o que até então tenha sido prestado – já que não se pretende reverter o que até à data foi realizado, o tribunal ordenará a *restoration* sempre que tal se revele possível. Nesta linha afirma BEALE que quem exercer o direito de fazer cessar o contrato na sequência do incumprimento tem que restituir tudo o que tenha recebido no contexto da execução do contrato¹⁸³.

Esta faculdade de obter a restituição do prestado constitui, na realidade, uma exceção ao princípio segundo o qual o direito à indemnização e o direito à restituição se excluem mutuamente. A verdade é que os desvios a esta regra foram-se multiplicando ao longo dos tempos, encontrando-se hoje, particularmente flexibilizada – em especial, no Direito inglês, por contraposição com o Direito norte-americano, menos permeável a exceções. Não obstante, na medida em que a restituição surge, neste contexto, como algo de excepcional, esta faculdade encontra-se sujeita a um intrincado conjunto de regras que

123, Janeiro de 2007, p. 9 a 18; e MCKENDRICK, Ewan, *Contract Law*, 7.^a ed., Palgrave Macmillan, 2007, p. 402 e ss.

¹⁸² Ver, por todos, UPEX, Robert, e BENNETT, Geoffrey, *Davies...cit.*, p. 276.

¹⁸³ *Remedies for Breach of Contract*, Sweet&Maxwell, 1980, p. 111. Também BRADGATE afirma que, na sequência de *termination*, «(...) *payments made by either party before termination can be recovered where, as a result of termination, there is a total failure of the consideration for which the payment was made. A similar rule applies to the transfer of property*» («*Termination...cit.*, p. 29). No mesmo sentido ainda, UPEX, Robert, e BENNETT, Geoffrey, *Davies...cit.*, p. 274.

procura, no fundo, evitar que o credor seja duplamente indemnizado pelos danos e perdas sofridos com o incumprimento¹⁸⁴.

A complexidade desta obrigação em *common law* impede-nos de desenvolver o seu estudo, pelo que apenas se dirá que este direito de «recuperação» não abrange tudo o que foi prestado, sendo reconhecido pontualmente, ainda que, na realidade acabe por cobrir um vasto número de hipóteses¹⁸⁵.

Note-se finalmente que, apesar dos limites e do carácter excepcional que a obrigação de restituição aqui assume, as «excepções» cobrem um vasto número de situações, de tal forma que o seu carácter «excepcional» é duvidoso, tornando, nos casos em que são admitidas, a fronteira entre a *rescission* e a *termination* particularmente nebulosa¹⁸⁶.

5. Efeitos da *rescission*

(a) *Indemnity*

Quando o contrato cessa por efeito de *rescission*, isto é, por outra razão que não o incumprimento de obrigações contratuais, à parte adimplente é apenas reconhecido o direito a uma *indemnity*. Ao contrário do que sucede em caso de

¹⁸⁴ Neste sentido, VANWIJCK-ALEXANDRE, M., *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belge et français face à «l'anticipatory breach» de la common law*, Faculté de Droit, 1982, p. 145 a 147.

¹⁸⁵ O objecto, conteúdo da obrigação de restituição dependerá, desde logo, da natureza da obrigação relevante e do tipo de contrato em causa. Assim, consoante o contrato em causa, poderá esta obrigação ser objecto de regulação específica, designadamente, no *Sale of Goods Act* (artigos 38 a 48, no Direito inglês) ou no *Uniform Commercial Code* (no Direito norte americano).

¹⁸⁶ Veja-se, a este propósito, ATIYAH: «(...) *termination of contract, unlike rescission ab initio, does not involve an undoing of what has really been performed under the contract. But there are some circumstances in which even termination does involve some attempt to undo an actual performance, and in these cases the distinction between termination and rescission is often obscured. The simplest example of this is the case of faulty or defective goods supplied under a contract of sale. If, as is likely to be the case, the fault or defects means that the seller is guilty of a breach of condition, then the buyer may terminate the contract, but in this event he must return the goods to the seller by rejecting them*» (*An Introduction... cit.*, p. 410).

termination, pretende-se aqui colocar a parte não faltosa na situação em que se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado.

Nestes casos a indemnização apenas poderá ser obtida em sede de responsabilidade civil (*tort*) ou com fundamento legal específico para o efeito (v.g., *Misrepresentation Act 1967* secção 2 (1)). Trata-se de uma *indemnity*, figura distinta dos *damages* e menos ampla, já que cobre apenas «(...) *burdens which were the necessary result of the actual contract itself, and not loss or damage which was the consequence of the facts misrepresented*»¹⁸⁷.

(b) Obrigação de restituição

Associada à cessação do contrato por *rescission* encontra-se uma obrigação de restituição de tudo o que foi prestado pelas partes, com o propósito de anular os efeitos práticos do contrato e colocar as partes na situação em que se encontrariam se este não tivesse sido celebrado¹⁸⁸. Assim, a *rescission* envolve uma proposta de restituição de tudo o que tenha sido recebido no âmbito da execução do contrato, bem como um pedido, dirigido à contraparte, de restituição de tudo o que esta recebeu, e, finalmente, uma libertação de ambas as partes de quaisquer obrigações resultantes do contrato¹⁸⁹.

¹⁸⁷ ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 412. A finalidade da *indemnity*, como salienta BRADAGATE, «(...) *is the key to the fact that damages often yields a higher sum than an indemnity in connection with misrepresentation*» (UPEX, Robert, e BENNETT, Geoffrey, *Davies... cit.*, p. 276). Veja-se ainda sobre a diferença entre *damages* e *indemnity*, TREITEL, G.H., *The Law...cit.*, p. 399 e s.

¹⁸⁸ BLACK, Henry Campbell, *A Treatise on the Rescission of Contracts and Cancellation of Written Instruments*, 2ª ed., vol. I, Vernon Law Book Company, 1929, p. 3.

¹⁸⁹ BLACK, Henry Campbell, *A Treatise... cit.*, p 4.

§1.2. ANTICIPATORY BREACH

NOTA INTRODUTÓRIA

1. *Repudiation e anticipatory breach*

A *repudiation*, vimos, pode ser anterior ou posterior ao vencimento da obrigação, sendo no primeiro caso, designada por *breach by anticipatory repudiation*, embora a maioria da doutrina e jurisprudência se refira ao instituto, abreviadamente, como *anticipatory breach*¹⁹⁰. Emitida antes do vencimento a resolução sem fundamento consubstanciará, em *common law*, um caso de *anticipatory breach*. Interessa-nos, por isso, desenvolver, em seguida, a análise desta figura, de forma a determinar, de forma precisa quais os efeitos daquela declaração de resolução nesta família de Direitos.

2. A regra da *anticipatory breach*

Recorrendo à definição poposta por FERREIRA DE ALMEIDA, a *anticipatory breach* encerra a regra segundo a qual «[a] declaração de uma das partes, proferida antes do vencimento, com o sentido de que não tem intenção de cumprir, confere à outra parte o direito de resolver o contrato»¹⁹¹.

O *vencimento* é tradicionalmente apresentado pela doutrina como um conceito central no direito das obrigações¹⁹², verdadeiro ponto de viragem na vida do crédito, na medida em que corresponde ao momento em que este se torna exigível¹⁹³ e, portanto, em que a obrigação deve ser cumprida¹⁹⁴.

¹⁹⁰ CONSTANTINESCO, L.-J., *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, Rousseau & C^{te}, Éditeurs, 1940, p. 129.

¹⁹¹ «Recusa... *cit.*», p. 301.

¹⁹² Veja-se, neste sentido, FRIEDRICH, K., «Der Vertragsbruch», *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 178, Outubro de 1978, p. 489.

¹⁹³ Nas chamadas obrigações puras, isto é, sem prazo, determina o artigo 777.º do CC que o respectivo cumprimento pode ser a qualquer momento exigido pelo credor ou oferecido pelo

Desta premissa logicamente se retiraria que apenas após o vencimento da obrigação poderia haver incumprimento. Tal é o que nos parece confirmar, designadamente, o artigo 805.º do CC ao determinar que a constituição do devedor em mora depende de interpelação (judicial ou extrajudicial) para o cumprimento, excepto, entre outros, se a obrigação tiver prazo certo.

A doutrina da *anticipatory breach* vem desafiar esta concepção, afirmando que pode haver incumprimento tanto *antes* como *depois* do vencimento da obrigação¹⁹⁵.

Trata-se de um instituto jurídico perfeitamente assimilado nas ordens jurídicas de *common law*¹⁹⁶, bem como em algumas ordens da família romano-germânica. Atendendo, de um lado, à origem inglesa do instituto, e, de outro, à proliferação de doutrina anglo-saxónica sobre a matéria, tomámos como ponto de partida o tratamento da *anticipatory breach* no sistema jurídico inglês. Tendo esta questão sido igualmente objecto de especial atenção no Direito norte-americano, que se encontra particularmente próximo do Direito inglês¹⁹⁷, faremos, sempre que tal se revele pertinente, algumas incursões também naquela ordem jurídica.

devedor. Nas demais – obrigações a termo ou prazo, o cumprimento deverá ser realizado – e apenas poderá ser exigido – vencido o prazo estipulado pelas partes (ou pela lei ou pelos tribunais).

¹⁹⁴ É neste contexto que ANA PRATA afirma, a propósito do conceito jurídico de *exigibilidade*: «[s]endo a obrigação exigível (em sentido que alguma doutrina qualifica como fraco) logo que se constitua validamente, o credor, só pode, porém, exigir o seu cumprimento quando ela se vencer» (*Dicionário...cit.*, p. 641). Veja-se ainda a este propósito, TELLES, Inocência Galvão, *Direito... cit.*, p. 250.

¹⁹⁵ Veja-se, por todos, KEITH: «[b]reach of contract (...) may be (1) anticipatory or constructive, when it occurs before the time for performance of the contract has arrived, or (2) actual, when it occurs at the time for performance» (*Elements... cit.*, p. 92).

¹⁹⁶ Veja-se, por todos, BEALE: «(...) if B has repudiated by unequivocally indicating that he will not perform or will perform only in a seriously defective way, A may terminate and sue for damages immediately, without waiting for a breach to occur on the date of performance» (*Remedies... cit.*, p. 66). Quanto à assimilação da regra no Direito norte-americano, veja-se WILLISTON, S., *A Treatise on the Law of Contracts*, 4ª ed., por Richard A. Lord, vol. 24, Thomson, 2002, p. 542 e ss. Muito embora a 4.ª edição do volume 24 da obra *A Treatise on the Law of Contracts* seja da autoria de RICHARD A. LORD optámos, no presente texto, por manter a referência a WILLISTON.

¹⁹⁷ Embora, naturalmente, com algumas variações que serão, sempre que tal se revele oportuno, devidamente assinaladas.

§1.3. ORIGENS

1. Antes de *Hochster v. de la Tour*

Embora *Hochster v. de La Tour* (1853)¹⁹⁸ seja tradicionalmente apresentado como o caso de referência deste instituto, a verdade é que o princípio da *anticipatory breach* já era reconhecido pela doutrina e jurisprudência anglo-saxónicas anteriormente¹⁹⁹. De facto, esta regra, tal como hoje se encontra formulada, é o produto de uma progressão, divisível em três etapas.

O primeiro passo na construção da regra – assente numa confusão resultante da coincidência temporal entre a recusa de cumprimento, o vencimento e a não realização da obrigação – deu-se com o reconhecimento, na declaração de não cumprimento emitida *no momento* do vencimento da obrigação, de uma forma autónoma de incumprimento contratual²⁰⁰.

A este movimento inicial, seguiu-se uma progressiva equiparação da impossibilidade de cumprimento provocada pelo devedor ao incumprimento.

Neste ponto, embora ainda não se reconhecesse na recusa de cumprimento antes do vencimento uma forma de incumprimento²⁰¹, entendia-se que aquela declaração, pela respectiva gravidade, deveria constituir fundamento bastante à desvinculação da contraparte do contrato. Ao reconhecimento desta faculdade obstava todavia o princípio da irrevocabilidade que, na ausência de incumprimento, impedia a desvinculação unilateral do contrato. De forma a obviar a este impedimento e *facilitar* a saída da parte cuja confiança na execução

¹⁹⁸ *Hochster v. de La Tour*, decisão do *Court of Queen's Bench*, de 1853.

¹⁹⁹ Neste sentido e referindo jurisprudência anterior a *Hochster v. de la Tour* ilustrativa do exposto, veja-se NIENABER, P.M., «The Effect... *cit.*», p. 216 e s.

²⁰⁰ De facto, como salienta NIENABER, «[w]hen, for example, a promisor refused to pay his debt on the due date, the actual breach was his failure to pay (...). The refusal was no independent from of breach of contract» («The Effect... *cit.*», p. 216).

²⁰¹ Recusando a equiparação da declaração antecipada de não cumprimento ao incumprimento, *Phillpotts v. Evans* (1839) e *Ripley v. McClure* (1839).

do contrato tinha sido fortemente abalada, os tribunais optaram por interpretar ou mesmo ficcionar – consoante o caso – naquela recusa uma *proposta de revogação* do contrato. O contrato já não cessaria então pelo exercício unilateral de um direito potestativo da parte adimplente²⁰², mas por acordo das partes, pelo encontro de uma proposta de revogação e respectiva aceitação^{203/204}.

O passo seguinte e final, consolidado com *Hochster v. de la Tour*, consistiu no reconhecimento, pelos tribunais, do direito de a parte adimplente reagir à recusa do devedor por meio da interposição de uma acção com fundamento em incumprimento. *Hochster v. de la Tour* é o primeiro caso em que o tribunal aplicou o princípio segundo o qual a recusa antecipada de cumprimento constitui fundamento bastante ao accionamento do devedor pelo credor para efeitos de pagamento de uma indemnização com base em incumprimento²⁰⁵.

²⁰² Por facilidade de construção do nosso raciocínio e em benefício da clareza do mesmo, assumiremos que a contraparte não se encontra em incumprimento do contrato, pelo que nos referiremos a esta, entre outros, como «parte adimplente».

²⁰³ Como refere NIENABER: «[t]he courts were not averse to coming to his [innocent party] aid, but in order to accommodate him had to construe the anticipatory repudiation as an offer to rescind» («The Effect... cit., p. 218).

²⁰⁴ Note-se que a concepção da *repudiation* como uma proposta de cessação do contrato, embora hoje ultrapassada, deixou algumas marcas na doutrina da *anticipatory breach*. Veja-se, por exemplo, a imposição da aceitação da recusa de cumprimento pela parte adimplente como pressuposto da verificação de uma situação de incumprimento antecipado – pressuposto que, como chama a atenção VANWIJCK-ALEXANDRE, não existe na *actual breach* (*Aspects... cit.*, p. 48)

²⁰⁵ NIENABER salienta que, nesta decisão, muito embora reconhecendo o direito de o credor accionar o devedor por incumprimento, o tribunal ainda faz referência à teoria da recusa de cumprimento como proposta de revogação do contrato («The Effect... cit., p. 220). Em *De Barnaby v. Harding* (1853) deu-se o oposto: «(...) the court applied the old rescission-by-consent principle whilst paying lip-service to a new principle that anticipatory refusal is itself an actionable breach (...)» (*ibid*, p. 220). Esta posição surge ainda em certos Autores, como MORISON que, embora entendendo a *repudiation* como uma proposta de cessação do contrato, afirma: «[t]here may, of course, be an actual breach involving repudiation, but in such a case, if the breach is, of itself, sufficiently important to discharge the party not in default, then it becomes unnecessary to treat the repudiation as an offer to rescind». Tal será o caso, refere, «(...) where a party, before the time of performance arrives, irrevocably disables himself from performing the contract (...)» (*Rescission of Contracts. A Treatise on the Principles Governing the Rescission, Discharge, Avoidance and Dissolution of Contracts*, Steven & Haynes, 1916, p. 37 e ss.).

2. *Hochster v. de la Tour* (1853)

Hochster v. de la Tour tem por base um contrato de prestação de serviços, celebrado em Abril de 1852, cuja execução teria início em Junho do mesmo ano. Em Maio, uma das partes declara ter perdido o interesse no contrato. A contraparte, considerando que tal declaração constituía um incumprimento do contrato, veio, com tal fundamento, exigir judicialmente uma indemnização. O réu alegou que a acção era prematura já que a obrigação não se tinha ainda vencido. O tribunal deu razão ao autor da acção: «[i]t should be held that, upon a contract to do an act on a future day, a renunciation of the contract by one party dispenses with a condition to be performed in the meantime by the other, there seems no reason for requiring that other to wait till the day arrives before seeking his remedy by action. And the only ground on which the condition can be dispensed with seems to be that the renunciation may be treated as a breach of the contract»²⁰⁶.

Entendia o réu que a declaração de não cumprimento constituía uma proposta de cessação do contrato, podendo a contraparte optar entre «aceitar» a declaração de não cumprimento, extinguindo-se o contrato por acordo das partes, e perdendo desta forma qualquer direito a uma indemnização ou esperar até à data de vencimento da obrigação do réu, mantendo-se «preparado para cumprir o contrato», e, apenas nesse momento, exigir uma indemnização, já que até essa data o contrato poderia ser cumprido. O tribunal considerou que ambas alternativas não satisfaziam os interesses das partes e eram pouco racionais do ponto de vista económico. Com efeito, se se considerasse que o autor, depois da declaração do réu, se encontrava desvinculado do contrato, não se encontrando obrigado a dar início aos preparativos – inúteis – para o respectivo cumprimento e podendo procurar outro emprego, os custos decorrentes da cessação do contrato em análise e, bem assim, o montante da

²⁰⁶ Citação de Lord Chief of Justice Campbell na decisão (*apud* CORBIN, A., *Corbin on Contracts – One Volume Edition*, Hornbook, 1952, p. 944).

indenização devida pelo réu, seriam minimizados. Donde, do ponto de vista económico revelava-se mais eficiente permitir que a parte adimplente, perante a declaração de não cumprimento, se considerasse desvinculada do contrato. Decidiu assim o tribunal reconhecer na declaração de repúdio do contrato um incumprimento contratual.

A regra estabelecida em *Hochster v. de la Tour* foi objecto de diferentes objecções, sendo o maior número de ordem lógica, reconduzíveis, fundamentalmente, a uma ideia de incongruência da admissibilidade da existência de um incumprimento *antes* do vencimento da obrigação²⁰⁷. Argumentou-se ainda que a doutrina da *anticipatory breach* alargava o âmbito dos deveres impostos às partes do contrato, sem o respectivo consentimento, na medida em que restringiria a respectiva liberdade de actuação antes do vencimento do crédito²⁰⁸. A regra foi igualmente criticada na base de que potenciaría uma quantificação errada dos danos sofridos, na medida em que a probabilidade de erro no respectivo cálculo aumentaria na mesma razão que o lapso temporal existente entre a decisão judicial e o vencimento da obrigação em causa²⁰⁹. Objectou-se ainda que a doutrina de *Hochster v. de la Tour* conduzia a uma antecipação do vencimento das obrigações, particularmente visível no caso de obrigações monetárias²¹⁰. Finalmente, o raciocínio do tribunal foi

²⁰⁷ WILLISTON foi um dos mais acérrimos críticos da *anticipatory breach*, afirmando mesmo a impossibilidade de qualquer discussão sobre a regra em resultado da evidente inadmissibilidade lógica da mesma e contrariedade aos princípios do Direito dos Contratos («Repudiation of Contracts», *Harvard Law Review*, vol. XIV, n.º 6, Fevereiro de 1901, p. 427 e 428). Veja-se ainda quanto a este ponto, CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 944.

²⁰⁸ Veja-se, neste sentido, WILLISTON quando afirma que «[e]nlarging the obligation of contracts is perhaps as bad as impairing it» («Repudiation...n.º 6, *cit.*, p. 438).

²⁰⁹ Veja-se, por todos, CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 945 e ss.

²¹⁰ Esta será, porventura, uma das críticas menos pertinentes, já que o que sucede nos casos em que a prestação incumprida tem uma natureza monetária é que a parte lesada solicita ao tribunal não o pagamento antecipado dessa quantia, mas sim a indemnização pelos danos resultantes da declaração de incumprimento, isto é, do incumprimento antecipado da obrigação. É uma mera coincidência que o «remédio» determinado pelo tribunal seja de igual natureza à obrigação que se declarou não cumprir. Ora, o lesado não deve ser privado do «remédio» a que tem direito em resultado do incumprimento antecipado da contraparte apenas por a obrigação incumprida ser de natureza semelhante àquele (CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 951).

também posto em causa, com base no argumento de que os objectivos prosseguidos com a sentença poderiam ter sido atingidos através de uma decisão que, embora reconhecendo ao lesado o direito de se desvincular do contrato, remetesse a obrigação de pagamento da indemnização para a data de vencimento da obrigação²¹¹.

Apesar de tais críticas, a doutrina de *Hochster v. de la Tour* consolidou-se, no essencial, na ordem jurídica inglesa. É assim hoje entendimento maioritário que uma rejeição clara e definitiva do contrato, realizada seja através de uma recusa de cumprimento, seja através da adopção de um comportamento que torne o cumprimento muito difícil ou impossível, antes mesmo do vencimento da obrigação, configura uma situação de incumprimento antecipado, conferindo à contraparte o direito a exercer as faculdades que a lei reserva para o incumprimento²¹².

§1.4. A ANTICIPATORY BREACH NO DIREITO INGLÊS

1. A *anticipatory breach*

É entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência inglesas que apenas haverá *anticipatory breach* perante uma *repudiation* clara e absoluta do contrato que consubstancie uma manifestação inequívoca e definitiva da intenção de não

²¹¹ Veja-se, neste sentido, CORBIN, A., *Corbin...cit.*, p. 940 e ss; SIMPSON quando afirma «[t]here was never any necessity for the anomalous doctrine of anticipatory breach» (*Handbook of the Law of Contracts*, 2.^a ed., West Publishing Co., 1965, p. 385); MUSTILL, M., «Anticipatory Breach», *Butterworth Lectures 1989-90*, Butterworth & Co., 1990, p. 41; TEEVEN, Kevin M., *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, Greenwood Press, 1990, p. 192; e TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 847.

²¹² Refira-se que nos Estados Unidos da América a *anticipatory breach* encontra-se regulada no *Uniform Commercial Code*, na secção 2-610 (*anticipatory repudiation*), sendo que também os §250 e seguintes do *Restatement (Second) of Contracts* reconhecem a figura e regulam os seus efeitos no quadro mais amplo da *repudiation*.

cumprir quando a obrigação se vencer²¹³. Assim, por exemplo, um pedido de alteração dos termos do contrato não deverá constituir um incumprimento antecipado do mesmo, excepto se a parte fizer depender o respectivo cumprimento da realização de tal alteração. Também não constituirá um incumprimento antecipado o comportamento que resulte apenas de uma interpretação errada do contrato, desde que, naturalmente, a parte se mostre disposta a cumpri-lo nos termos efectivamente acordados.

Igualmente pacífico é o entendimento segundo o qual a recusa de cumprimento pode assumir uma pluralidade de formas, podendo assim resultar da conduta do devedor (seja por acção ou omissão)^{214/215}, como de declaração, explícita ou implícita, daquele²¹⁶.

O entendimento maioritário quanto à relevância da recusa de cumprimento como fundamento ao exercício da faculdade de pôr fim ao contrato é de que aquela deverá preencher o mesmo requisito de gravidade que

²¹³ Veja-se, por todos, quanto aos requisitos de definitividade e inequívocidade da recusa, CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 960 e ss. e TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 845.

²¹⁴ Será assim reconduzível à figura da *anticipatory breach* a actuação do devedor que torne impossível ou muito difícil o cumprimento das respectivas obrigações. Tal será o caso em que o promitente vendedor aliena a coisa objecto da promessa a um terceiro. Embora este acto não torne impossível o cumprimento pelo proprietário da obrigação de venda – na medida em que poderá ainda readquirir a coisa – a verdade é que o torna difícil, manifestando simultaneamente a clara intenção do proprietário não cumprir a promessa assumida. Veja-se, quanto à impossibilidade como forma de *anticipatory breach*, CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 969 e ss.; BEALE, H., *Remedies...cit.*, p. 70 e ss.; e CHITTY, J., *Chitty... cit.*, p. 1388 e s.

²¹⁵ Note-se ainda que, também aqui, à semelhança do que se disse quanto à relevância da intenção no âmbito da *repudiation* em geral, a *intenção* da parte não adimplente tem vindo a ser considerada irrelevante para efeitos de recondução da impossibilidade de cumprimento à *anticipatory breach* (veja-se, neste sentido, TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 845). Assim, poderá ser considerado incumprimento antecipado a impossibilidade de cumprimento resultante de actuação do devedor, ainda que este não tivesse a intenção de incumprir ou impossibilitar o cumprimento ou, ainda, prejudicar a contraparte. Veja-se, a este propósito, o caso *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957) em que o tribunal determinou que: «[a] party is deemed to have incapacitated himself from performing his side of the contract, not only when he deliberately puts it out of his power to perform the contract, but also when by his own act or default circumstances arise which render him unable to perform his side of the contract or some essential part thereof» (§441).

²¹⁶ Veja-se, por todos, CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 941 e BEALE, H., *Remedies... cit.*, p. 70 e ss.

a *actual breach*²¹⁷, exigindo-se assim, que o incumprimento receado atinja «*the root of the contract*»²¹⁸.

2. Âmbito de aplicação

Em especial, os negócios jurídicos unilaterais

A maioria da doutrina e jurisprudência tende a excluir do âmbito de aplicação da *anticipatory breach* os negócios jurídicos unilaterais, bem como os contratos sinalagmáticos em que a parte lesada pela *repudiation* já tenha cumprido a respectiva obrigação. Assim, poder-se-á dizer que a regra é apenas invocável se o contrato for sinalagmático *no momento* em que se verifica a *anticipatory breach*.

Em sentido contrário, numa orientação minoritária na doutrina norte-americana, CORBIN entende que esta restrição ao âmbito de aplicação da *anticipatory breach* resulta de uma interpretação errada do respectivo fundamento, i.e., da ideia de que o objectivo primordial da *anticipatory breach* seria evitar – não o dano decorrente do incumprimento – a vinculação da parte adimplente ao contrato e à obrigação assumida até à data de vencimento da obrigação da contraparte. Inexistindo uma tal obrigação – por o contrato ser unilateral – não haveria razão para accionar o mecanismo da *anticipatory breach*²¹⁹.

²¹⁷ Assim, afirma BEALE, ainda que «[c]ertainly, a refusal to perform or deliberate breach of a minor obligation may indicate an intention to refuse to perform substantial obligations in the future and will then justify termination, but it is submitted that termination will not be justified if the refusal or breach is confined to the minor obligation and does not show a general intention to repudiate» (*Remedies... cit.*, p. 70).

²¹⁸ Neste sentido e apontando as excepções a esta regra, TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 849 e s.

²¹⁹ Salienta CORBIN: «[t]he reasons upon which it [a regra da *anticipatory breach*] can actually be sustained are equally applicable to unilateral contracts. The harm caused to the plaintiff is equally great in either case; and it seems strange to deny to a plaintiff a remedy of this kind merely on the ground that he has already fully performed as his contract has required» (*Corbin...cit.*, p. 947). Veja-se ainda quanto a esta questão, FARNSWORTH, E., *Farnsworth...cit.*, p. 531.

3. Momento de apreciação da probabilidade de incumprimento

Amplamente discutida tem vindo a ser a questão de determinação do momento relevante para efeitos de aferição da probabilidade do incumprimento vir a ocorrer. Trata-se, em particular, de saber se na determinação da existência de um incumprimento antecipado e, bem assim, na apreciação da licitude do exercício do direito de cessação do contrato pela parte adimplente, factos que no momento de tal exercício não eram do conhecimento das partes podem ou devem ser considerados. No caso *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957), o tribunal decidiu que relevavam todos os factos que existissem à data do exercício daquele direito²²⁰. Assim, a resolução declarada com base num fundamento que se veio a revelar inexistente poderia, não obstante, ser eficaz se se provasse que à data da sua emissão se verificavam outros factos que constituiriam fundamento bastante ao seu exercício²²¹.

Esta posição não é todavia pacífica na doutrina. MUSTILL, entre outros, entende que factos que só posteriormente se tornaram do conhecimento das partes não podem ser usados na determinação da existência de um incumprimento antecipado²²², na medida em que numa tal situação, à data da interposição da acção de indemnização, o autor desconhece os factos-fundamento do direito alegado.

4. Efeitos do incumprimento antecipado

Perante um repúdio claro do contrato, é reconhecida à parte lesada a faculdade de optar entre a aceitação da *anticipatory breach* e, bem assim, o

²²⁰ Veja-se *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957): «[i]t is now well settled that a rescission or repudiation, if given for a wrong reason or for no reason at all, can be supported if there are at the time facts in existence which would have provided a good reason » (§443).

²²¹ FURMSTON, M.P., *Cheshire... cit.*, p. 561.

²²² MUSTILL, M., «Anticipatory... cit.», p. 73.

exercício das faculdades que a lei coloca à sua disposição em caso de incumprimento²²³ – designadamente o direito a ser indemnizada e o direito a fazer cessar o contrato – e a manutenção do contrato – não aceitação do repúdio, aguardando até ao momento de vencimento da obrigação e, só aí, perante o efectivo incumprimento, reagir²²⁴. Interessante no quadro do reconhecimento deste direito do credor de opção, é a questão do prazo para o credor exercer o direito de opção aceitando a recusa de cumprimento ou mantendo o contrato. A maioria da doutrina entende que o critério operativo aqui deverá ser o da razoabilidade²²⁵.

No que concerne ao momento de cessação do contrato, entende a doutrina que, nos casos de *repudiation* e, bem assim, de resolução infundada que, como vimos é reconduzida à *repudiation*, «(...) *the contract only comes to an end when the victim elects to terminate*»²²⁶. A resolução não se produz assim também aqui com a mera declaração de repúdio. TREITEL esclarece que esta regra tem como fim impedir que a parte não adimplente retire proveito do seu incumprimento, alegando, designadamente que o contrato cessou para justificar o incumprimento de outras obrigações não vencidas à data da declaração resolutiva²²⁷.

²²³ Veja-se, a título de exemplo, a alínea b) do §2-610 do UCC, nos termos da qual é reconhecida à parte perante quem o contrato é rejeitado antes do vencimento a faculdade de «(...) *resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711) (...)*».

²²⁴ Note-se que esta liberdade de escolha pode, na prática, não existir ou ser extremamente reduzida. A este propósito veja-se NIENABER, P.M., «The Effect... *cit.*, p. 217 e ss.

²²⁵ Neste sentido, FURMSTON, M.P., *Cheshire... cit.*, p. 559, nota de rodapé n.º 4.

²²⁶ BEALE, H., *Remedies... cit.*, p. 107. No mesmo sentido, veja-se TREITEL: «[a] *breach which justifies termination (...)* does not automatically determine the contract. It only gives the injured party the option either to terminate the contract or to affirm it and to claim further performance» (*The Law... cit.*, p. 857).

²²⁷ *The Law... cit.*, p. 858.

4.1. A aceitação do incumprimento antecipado

- (a) «*An unaccepted repudiation is a thing writ in water of no value to anybody*»

Muito embora a *aceitação* da recusa de cumprimento continue a ser um pressuposto da *anticipatory breach*^{228/229}, as exigências da doutrina e jurisprudência inglesas quanto à forma que aquela deve preencher têm vindo a atenuar-se. Se, inicialmente era indiscutível que a ausência de reacção, a inacção da contraparte não consubstanciava uma *aceitação*²³⁰, hoje, aproximando-se da orientação prevalente no Direito norte-americano, entende-se que «[m]ere acquiescence or inactivity will often be equivocal and so fail to constitute an acceptance for this purpose. But there is no absolute rule of law to this effect»²³¹.

Exige-se todavia que esta, embora podendo assumir diferentes formas (interposição de uma acção para efeitos de pagamento de uma indemnização com base em incumprimento, notificação da aceitação ou comportamento que indique aceitação²³²), seja inequívoca²³³.

Embora hoje as duas ordens se encontrem mais próximas quanto a esta questão, é ainda no Direito norte-americano que encontramos uma posição mais flexível quanto à necessidade de uma aceitação da recusa de

²²⁸ Veja-se por todos, CHITTY, J., *Chitty... cit.*, p. 1383 e 1386 e s.

²²⁹ Alguns Autores, reconhecendo nesta exigência ainda um efeito secundário do enquadramento da recusa de cumprimento na figura da proposta de revogação do contrato, recusam-na veementemente como pressuposto da qualificação de uma situação como incumprimento antecipado. Nesta linha, afirma NIENABER: «(...) *this view of repudiation as an offer of sorts requiring acceptance is wholly unacceptable (...). Nor it can be conceded that the repudiation only becomes wrongful, and only becomes a breach, upon acceptance of the promise. (...) Breach of contract cannot be the act of the injured party*» («The Effect... cit.», p. 220 e s.).

²³⁰ Veja-se a 8.ª edição da *The Law of Contract*, de 1991, de TREITEL em que este afirmava «(...) *mere acquiescence or inactivity does not amount to an "acceptance" (...)*» (p. 756).

²³¹ Trata-se aqui já da posição de TREITEL na 12.ª ed. da *The Law...cit.*, p. 847.

²³² Como exemplo de comportamento indicativo de aceitação, referem UPEX e BENNETT o não cumprimento pela parte lesada das respectivas obrigações contratuais (*Davies...cit.*, p. 271).

²³³ Veja-se, por todos, CHITTY, J., *Chitty...cit.*, p. 1382.

cumprimento. De facto, doutrina e jurisprudência norte-americanas têm vindo a entender que a aceitação não constitui pressuposto da qualificação da *repudiation* como *anticipatory breach*. Daqui resulta, designadamente, o reconhecimento da faculdade de o credor accionar, a qualquer momento, os instrumentos previstos na lei para o incumprimento, ainda que após a recusa tenha continuado a exigir o cumprimento da obrigação²³⁴. No Direito inglês, doutrina e jurisprudência dividem-se quando ao reconhecimento desta faculdade, parte defendendo que o credor apenas poderá pôr fim ao contrato se o incumprimento se mantiver até à data do vencimento da obrigação em questão²³⁵.

Note-se que a irrelevância da aceitação no Direito norte-americano não significa que o credor pode ignorar a recusa de cumprimento; com efeito, esta gera, só por si, uma obrigação de mitigação dos danos resultantes do incumprimento²³⁶.

(b) Efeitos da aceitação do incumprimento antecipado

O elemento revolucionário da teoria da *anticipatory breach* reside na possibilidade de a parte adimplente poder exigir ser ressarcida dos danos resultantes do incumprimento antes mesmo do vencimento da obrigação em

²³⁴ Tal é o que se retira da leitura da secção 2-610 (b) do *Uniform Commercial Code*: «[w]hen either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due (...) the aggrieved party may (...) resort to any remedy for breach (...), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction». A este propósito, afirma CORBIN que em casos mais recentes os tribunais «(...) rightly hold that one who has received a definitive repudiation is not to be penalized for his efforts to bring about its retraction and to get that which is due without a law suit» (*Corbin... cit.*, p. 968 e ss).

²³⁵ Neste sentido, veja-se CHITTY, J., *Chitty... cit.*, p. 1383 e s. Em sentido contrário, TREITEL afirma que o credor pode alterar a sua posição antes ainda do vencimento e pôr fim ao contrato, excepção feita aos casos em que o devedor tenha alterado o comportamento no sentido de cumprir o contrato (*The Law... cit.*, p. 852 e s.).

²³⁶ Neste sentido, veja-se BALLANTINE, H., «Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties», *Michigan Law Review*, n.º 22, 1924, p. 345. Para mais desenvolvimentos sobre os efeitos da não aceitação, veja-se *infra*, 4.2.

causa e, simultaneamente, poder pôr fim ao contrato, unilateralmente, verificados os pressupostos gerais de exercício desta faculdade de desvinculação do contrato – designadamente no que concerne à gravidade do incumprimento receado²³⁷.

(i) Em especial: os efeitos da cessação

Note-se que os efeitos atribuídos a esta cessação, designadamente no que concerne ao momento da sua eficácia, não são absolutamente pacíficos tanto na doutrina de *common law*, como estrangeira. Se alguns Autores entendem que a aceitação da *repudiation* tem como efeito a atribuição ao credor de um direito a *damages*, cessando o contrato para o futuro apenas²³⁸, outros entendem que o credor, à semelhança do que sucede em caso de incumprimento *tout court*, pode optar entre a extinção retroactiva do contrato (acção de *rescission and restitution*) e a cessação do contrato *ex nunc*, propondo simultaneamente uma acção com vista à obtenção de uma indemnização pelos danos resultantes do incumprimento²³⁹.

Na realidade, a problemática associada aos efeitos da cessação do contrato, na sequência do incumprimento antecipado, mais não é do que a manifestação de uma outra, de contornos mais amplos, ligada aos efeitos da cessação unilateral do contrato, em geral, e a uma confusão terminológica produto do dualismo do sistema jurídico inglês, onde coexistem regras de *equity* e de *common law*²⁴⁰, como tivemos oportunidade de ver acima²⁴¹.

Realizada esta chamada de atenção, dir-se-á apenas que, de acordo com o entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência, segundo o qual a

²³⁷ TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 849.

²³⁸ Veja-se MEORO, Mario Clemente, *La resolución... cit.*, p. 213 e BRADGATE, Robert, BIRDS, John, e VILLIERS, Charlotte, *Termination... cit.*, p. 30.

²³⁹ Veja-se VANWIJCK-ALEXANDRE, M., *Aspects...cit.*, p. 145 a 147.

²⁴⁰ ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 398.

²⁴¹ Veja-se *supra*, capítulo II, §1.1.

rescission tem por âmbito de aplicação os casos em que «(...) *there is a defect in the formation of the contract (...)*», produzindo a cessação efeitos *ex tunc*, e a *termination* aqueles que envolvem «(...) *a later, defective performance, or impossibility of performance*»²⁴², cessando aqui o contrato *ex nunc*, a cessação do contrato por *anticipatory repudiation* enquadrar-se-ia nesta última hipótese²⁴³.

Donde, não obstante a manutenção, nos dias de hoje, da controvérsia terminológica, de um lado, e a divisão doutrinal quanto aos efeitos – *ex nunc* ou *ex tunc* – da cessação do contrato com fundamento em incumprimento (actual ou antecipado), de outro, pode-se afirmar que a maioria da doutrina e jurisprudência de *common law* tende a considerar que, enquanto *breach*, o incumprimento antecipado confere ao credor o direito a fazer cessar o contrato para o *futuro* e a ser indemnizado²⁴⁴. Adicionalmente, e dentro de determinados limites, poderá ainda ter direito à restituição do prestado.

(ii) Em especial: a obrigação de minimização de danos^{245/246}

Associada à faculdade indemnizatória, encontra-se uma *obrigação* de minimização de danos²⁴⁷. Este dever, ainda que com algumas variantes, é

²⁴² Veja-se, por todos, O’SULLIVAN, Dominic, ELLIOTT, Steven, e ZAKRZEWSKI, Rafal, *The Law... cit.*, p. 6 e CHITTY, J., *Chitty... cit.*, p. 1398.

²⁴³ Neste sentido, FURMSTON, M.P., *Cheshire... cit.*, p. 558 e 559

²⁴⁴ Veja-se, por todos, *Davies on Contracts*, que afirma que a aceitação do incumprimento antecipado pela contraparte não tem o efeito da *rescission ab initio*, não sendo o «(...) *contract (...) treated as though it had never existed*» (UPEX, Robert, e BENNETT, Geoffrey, *Davies... cit.*, p. 274). Em resultado de tal aceitação «(...) *he is discharged from further performance and may bring an action for damages, but the contract is not in itself rescinded*» (*ibid*, p. 269).

²⁴⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o instituto da *damage mitigation*, veja-se ainda *infra*, capítulo V, §3.1, 3.4. e quanto à admissibilidade da figura no Direito Nacional, §3.2. 1.

²⁴⁶ Veja-se ainda, quanto à determinação do *quantum* indemnizatório, COOTE, Brian, «Breach, Anticipatory Breach or the Breach Anticipated», *Law Quarterly Review*, n.º 123, Outubro de 2007, p. 503 a 511.

²⁴⁷ Note-se que os Autores tendem a falar indiscriminadamente numa obrigação de *minimização de danos* ou numa obrigação de *minimização/redução do montante indemnizatório*, i.e., *damage mitigation*, *mitigation of losses* ou *duty to mitigate* (minimização dos danos), por contraposição com *damages mitigation* (minimização da indemnização).

reconhecido nas ordens jurídicas de *common law* em qualquer situação de incumprimento (presente ou antecipado)²⁴⁸.

A figura da *mitigation* teve origem no Direito norte-americano, sendo *Clark v. Marsiglia* (1845) tradicionalmente apontado como o caso de referência nesta matéria. O caso tem por objecto um contrato de prestação de serviços. A entrega a B um conjunto de quadros para restaurar. Depois do início da execução do contrato, A decide que, afinal, não lhe interessa que B realize tal trabalho. Não obstante, B continua a execução do mesmo, solicitando na conclusão do restauro o pagamento da totalidade do preço a A. O tribunal decidiu em favor de B, entendendo que este tinha o direito a continuar a cumprir o contrato, apesar da perda de interesse de A. Esta decisão foi todavia alterada pelo Supremo Tribunal que entendeu que B não tinha direito a cumprir o contrato, tendo A perdido o interesse no mesmo: «*to hold that one who employs another to do a piece of work is bound to suffer it to be done at all events, would sometimes lead to great injustice*»²⁴⁹. Reconheceu o direito de B a ser compensado pela parte do contrato executada até à declaração da perda de interesse de A e indemnizado no respeitante às perdas resultantes da restante parte do contrato. O aumento dos danos provocado pela manutenção do contrato seria, conclui, contrário à boa fé.

O instituto da *mitigation* tem como finalidade fundamental a prevenção do desperdício de recursos e manifesta-se essencialmente em dois aspectos: de um lado, a necessidade de a parte lesada realizar as diligências razoáveis para minimizar os danos resultantes do incumprimento e, de outro, a necessidade de

²⁴⁸ Veja-se ainda no direito norte-americano o §350 do *Restatement (Second) of Contracts*. Para mais desenvolvimentos sobre a questão, veja-se BRIDGE, Michael G., «Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss», *Law Quarterly Review*, n.º 105, Julho de 1989, p. 398 a 423; CHITTY, J., *Chitty...cit.*, p. 1478 e ss.; HARRIS, Donald, CAMPBELL, David e HALSON, Roger, *Remedies...cit.*, p. 111 e ss.; FURMSTON, M.P., *Cheshire...cit.*, p. 782; e TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 1058.

²⁴⁹ Veja-se, quanto ao direito ao cumprimento em *common law*, em especial no contexto da decisão de *White & Carter (Councils) Ltd v McGregor*, RÊGO, Margarida Lima, *No Right to Perform a Contract?*, *Themis*, 2006.

se abster de adoptar comportamentos que possam provocar um aumento dos danos²⁵⁰.

Reconhece-se um dever da parte adimplente de actuar de forma a mitigar os danos sofridos (*duty to mitigate*), de tal forma que não terá direito a ser indemnizada pelos danos que pudesse ter evitado adoptando um comportamento razoável. Entende-se como *razoável* o comportamento que não se revele excessivamente oneroso.

Note-se que, muito embora a doutrina e jurisprudência tendam a falar de um *duty to mitigate*, a expressão tem sido objecto frequente de críticas, já que, na realidade, o incumprimento daquele «dever» tem como única consequência a perda do direito do credor a ser ressarcido dos danos que pudesse ter evitado, não sendo assim fonte de responsabilidade²⁵¹. Será assim porventura mais correcto falar-se de um *ónus* da parte lesada cuja (não)realização se reflectirá no direito a ser indemnizada pelo incumprimento contratual.

Assim, resolvendo o contrato na sequência de um incumprimento antecipado, encontra-se o credor obrigado a tomar as medidas necessárias à minimização dos danos. No que diz respeito ao critério a aplicar para aferir da *necessidade* das medidas a adoptar pelo lesado, a doutrina diverge, apresentando-se, consoante o caso, mais ou menos exigente. CHITTY entende que «[t]he claimant is not “under any obligation to do anything other than in the ordinary course of business”; the standard is not a high one, since the defendant is a wrongdoer»²⁵². Como veremos adiante, esta questão assume maior complexidade

²⁵⁰ Assim, MCKENDRICK, Ewan, *Contract...cit.*, p.421 e 422. TREITEL distingue na *mitigation* duas ideias: de um lado, a impossibilidade de o lesado ser indemnizado por danos cuja ocorrência deveria ter evitado (*duty to mitigate*) e, de outro, a ideia de que o lesado deve deduzir dos danos resultantes do incumprimento quaisquer benefícios que do mesmo tenha retirado (*The Law... cit.*, p. 1058). CHITTY distingue três regras dentro daquela figura, determinando a primeira que «(...) the claimant cannot recover damages for any part of his loss consequent upon the defendant's breach of contract which the claimant could have avoided by taking reasonable steps» (*Chitty...cit.*, p. 1478).

²⁵¹ Assim, WILLISTON, S., *A Treatise... cit.*, vol. 24, p. 191 e TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 1058.

²⁵² *Chitty...cit.*, p. 1480. TREITEL refere como exemplo de comportamentos tipicamente exigidos para mitigar o dano a celebração de um contrato em substituição daquele que foi incumprido e a aceitação pelo credor de uma prestação em alternativa à acordada, proposta pela parte

nos casos em que a parte não reconhece o incumprimento antecipado e actua como se o contrato não tivesse sofrido qualquer tipo de perturbação.

Finalmente, gostaríamos apenas de referir que, face à natureza e objecto do presente estudo, bem como à complexidade do tema, objecto de grande produção doutrinal e jurisprudencial, optámos por não apresentar uma análise global do instituto da *damage mitigation*, ficando-nos apenas por uma abordagem do mesmo nas vertentes mais relevantes para o tema que aqui nos ocupa. A questão da obrigação de mitigação de danos será assim revisitada, não apenas a propósito da não aceitação da *anticipatory breach* – ponto seguinte, mas também e sobretudo, no âmbito do estudo dos limites do direito à manutenção do contrato da parte recipiente da declaração de resolução infundada, já que, a problemática de fundo que subjaz a este dever de mitigação relevante no contexto da presente análise é a limitação dos meios de reacção da parte adimplente ao incumprimento contratual: dever-se-á reconhecer em qualquer caso este direito de o credor optar entre a resolução do contrato e a manutenção do mesmo? Ou haverá casos em que o direito de manutenção do contrato deve ser excluído por força de uma obrigação de minimização de danos?²⁵³.

4.2. Não aceitação do repúdio

Manutenção do contrato

(a) Direito de manutenção do contrato

Como já tivemos oportunidade de referir acima, a jurisprudência maioritária anglo-saxónica tende a considerar que em caso de não

inadimplente. Note-se que neste último caso qualquer perda resultante da diferença entre a prestação acordada e a efectivamente realizada poderá ser objecto de um pedido de indemnização pela parte lesada. Acrescente-se ainda que esta «obrigação» não existe quando a aceitação da prestação em substituição da acordada gere um prejuízo substancial à parte adimplente. Veja-se, para mais exemplos, TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 1059 e ss.

²⁵³ Esta questão será tratada abaixo no capítulo V, §3.1, 3.4 e §3.2, 1., pelo que, quanto a esta matéria remetemos para o mesmo.

reconhecimento expresso ou implícito da parte lesada do incumprimento antecipado do contrato, este se mantém em pleno vigor, bem como as obrigações que dele emergem para ambas as partes²⁵⁴. Trata-se da orientação consagrada, designadamente, em *Frost v. Knight*: «[t]he promisee, if he pleases, may treat the notice of intention as inoperative (...)»²⁵⁵. De facto, como salienta parte da doutrina, o não reconhecimento desta faculdade da parte adimplente redundaria na atribuição (indirecta) à parte faltosa de um direito a pôr unilateralmente fim ao contrato²⁵⁶.

Tal não significa que a *não aceitação* do repúdio do contrato se encontre desprovida de efeitos.

(b) Em especial: o dever de minimização de danos como limite ao direito de não aceitação da *anticipatory breach*

Poder-se-ia dizer que não havendo incumprimento – na medida em que a contraparte o ignora – não há qualquer questão de indemnização e, bem assim, de mitigação a abordar. O raciocínio apesar de lógico pode conduzir a resultados indesejáveis e inaceitáveis para a ordem jurídica.

Veja-se o caso *White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor* (1962)²⁵⁷. Os autores forneciam caixotes de lixo cujos custos eram suportados pela publicidade afixada nos mesmos. Os réus contrataram a afixação de publicidade em tais caixotes, por três anos, tendo no mesmo dia voltado a contactar os autores comunicando-lhes a sua perda de interesse no contrato.

²⁵⁴ MUSTILL, M., «Anticipatory...*cit.*», p. 45 e BEALE, H., *Remedies... cit.*, p. 72.

²⁵⁵ *Frost v. Knight* (1870) é outro caso de referência na teoria da *anticipatory breach* que se resume essencialmente à quebra de uma promessa de casamento (NIENABER, P.M., «The Effect... *cit.*», p. 223).

²⁵⁶ NIENABER, P.M., «The Effect... *cit.*», p. 225.

²⁵⁷ *White & Carter (Councils) Ltd v McGregor* (1962), decisão da *House of Lords*. Veja-se sobre esta decisão, NIENABER, P.M., «The Effect... *cit.*», p. 223 e ss.; FURMSTON, M.P., *Cheshire... cit.*, p. 782; CARTER, J. W., «White and Carter v McGregor – how unreasonable?», *Law Quarterly Review*, n.º 128, Outubro de 2012, p. 490 a 493; e WINTERTON, David, «Reconsidering White & Carter v. McGregor», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, n.º 1, Fevereiro de 2013, p. 5 a 10.

Não obstante, os autores produziram e afixaram a publicidade nos caixotes, para mais tarde vir a reclamar uma indemnização com base em não cumprimento do contrato por parte dos réus. Os autores nada fizeram para minimizar os danos resultantes do incumprimento do contrato. A decisão da *House of Lords*, embora considerando «(...) “unfortunate” that the claimants had “saddled themselves with an unwanted contract causing an apparent waste of time and money»²⁵⁸ deu razão aos autores, com base no brocado «an unaccepted repudiation is a thing writ in water of no value to anybody»²⁵⁹. A *House of Lords* limitou-se a aplicar, sem mais, o princípio segundo o qual «(...) the innocent party, has an option. He may accept that repudiation and sue for damages for breach of contract (...); or he may if he chooses to disregard or refuse to accept it and then the contract remains in full effect»²⁶⁰. Revelando a complexidade da questão, a orientação prevalente venceu por uma curta diferença de três votos contra dois. A facção vencida argumentou, essencialmente, com base no incumprimento, pelos autores, da respectiva obrigação de mitigação de danos.

Os resultados a que a aplicação do princípio contido em *White and Carter* conduzia geraram algum desconforto, tendo doutrina e jurisprudência procurado uma solução mais *justa*, corrigindo este resultado com recurso ao princípio da culpa do lesado. Argumentando que a questão da mitigação não deve ser entendida como uma *obrigação* do credor, devendo antes ser enquadrada no princípio geral de causalidade que preside, nos termos gerais do Direito, à determinação da indemnização devida por danos, à semelhança do que sucede em situações de concausalidade (credor e devedor), também aqui o credor apenas poderá ser indemnizado pelos danos resultantes do

²⁵⁸ MCKENDRICK, Ewan, *Contract... cit.*, p. 398.

²⁵⁹ Veja-se, sobre as origens e posteriores evoluções no entendimento deste brocado, MUSTILL, M., «Anticipatory... cit.», p. 61 e ss.

²⁶⁰ *White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor*, apud NIENABER, P.M., «The Effect...cit.», p. 216.

incumprimento e não por aqueles que provocou ao não tomar as medidas (razoáveis) necessárias para os minimizar²⁶¹.

Esta questão, como já transparecia da leitura de *White and Carter*, é ainda particularmente controversa no Direito inglês, não existindo uma posição unânime da doutrina e da jurisprudência. CHITTY, por exemplo, entende que a liberdade de escolha do credor entre a manutenção e a cessação do contrato na sequência de uma recusa de cumprimento não é de todo afectada pela regra da *mitigation*, afirmando que o credor «(...) is not bound to act "reasonably" in his choice»²⁶².

Importa a este propósito fazer uma breve referência ao Direito norte-americano, já que no que a esta matéria concerne existe alguma divergência entre as duas ordens jurídicas. Se, como vimos acima, os contornos do *duty to mitigate*, em caso de aceitação da recusa antecipada de cumprimento pelo credor, são praticamente idênticos nos dois Direitos, tal já não sucede em caso de não aceitação do cumprimento. De facto, nestes casos, a liberdade de opção do credor entre a manutenção e a extinção da relação contratual encontra-se mais limitada por aquele dever no Direito norte-americano do que no Direito inglês²⁶³. O Direito norte-americano impõe ao credor, em determinadas circunstâncias – designadamente quando a extinção do contrato é menos onerosa para o devedor, o reconhecimento e a aceitação do incumprimento antecipado pelo credor. O credor poderá assim ver ser-lhe vedada a faculdade de cumprir as respectivas obrigações se tal gerar um aumento dos danos. Note-

²⁶¹ Refira-se ainda a posição de um dos membros da maioria que decidiu em *White and Carter*, Lord Reid, que, procurando também suavizar os efeitos de uma aplicação demasiado rígida do direito do credor à manutenção do contrato, argumentou que o reconhecimento desta faculdade dependeria da existência de um *interesse legítimo* do credor na sobrevivência do contrato, independente do relacionado com o interesse em obter o pagamento do preço do contrato em vez de uma indemnização (CHITTY, J., *Chitty...cit.*, p. 1488). Veja-se ainda sobre este critério, *infra*, capítulo V, §3.1., 3.1.

²⁶² *Chitty...cit.*, p. 1487. Ainda, o mesmo Autor: «[w]here the claimant does not accept the defendant's anticipatory breach of contract, there is no duty on the claimant to mitigate his loss before the actual breach on the due date of performance» (*ibid*, p. 1482).

²⁶³ Veja-se, neste sentido, NIENABER, P.M., «The Effect... cit.», p. 227.

se que a inversa também se verifica, isto é, o credor poderá ser obrigado a manter o contrato, ainda que lhe quisesse pôr fim. Na doutrina norte-americana, WILLISTON defende esta orientação, salientando a injustiça que seria admitir que o lesado, na sequência de repúdio pela contraparte, continuasse a execução do contrato quando esta conduzisse a um aumento dos danos²⁶⁴.

(c) Em especial: a *specific performance*

Caso a parte lesada opte por manter o contrato em vigor, poderá ainda requerer ao tribunal que ordene a execução da obrigação em causa (*specific performance*²⁶⁵). Entende-se todavia que esta apenas poderá ser ordenada para a data do respectivo vencimento e não antes²⁶⁶.

A referência à *specific performance* impõe duas breves notas.

A primeira prende-se com a necessidade de não confundir *specific performance* com o instituto nacional da execução específica, já que nem sempre coincidirão, seja em resultado da tendencial ausência de distinção, nas ordens jurídicas de *common law*, entre a *execução específica* e a *indenização em natureza*, existente no Direito português, seja por o instituto da *specific performance* não englobar todas as situações enquadráveis na nossa execução específica²⁶⁷.

²⁶⁴ Neste sentido, afirma WILLISTON: «(...) *it is probable that very few [decisões judiciais] would actually decide that after repudiation the injured party might continue performance where such continuance would cause an enhancement of damages*» (*A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 5, Baker, Voorhis&Co., 1937, p. 3694 e s.). Para mais desenvolvimentos sobre a obrigação de mitigação de danos e a respectiva influência na liberdade de escolha do lesado em manter o contrato, ignorando o incumprimento, NIENABER, P.M., «The Effect... *cit.*», p. 214 e ss.

²⁶⁵ Caso a obrigação seja de abstenção, dever-se-á antes falar de *injunction*.

²⁶⁶ Ver, por todos, no Direito inglês, NIENABER, P.M., «The Effect... *cit.*», p. 221 e TREITEL, G.H., *The Law... cit.*, p. 848, nota de rodapé n.º 366. Na jurisprudência, veja-se a título de exemplo *Hasham v. Zenab* (1960), em que o tribunal afirma expressamente que «[t]he court will not, of course, compel a party to perform his contract before the contract date arrives» (ponto 330). No Direito norte-americano, veja-se, por todos, CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 946.

²⁶⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a figura, veja-se, por todos, CHITTY, J., *Chitty... cit.*, p. 1521 e ss., em especial, p. 1522. Para uma análise mais pormenorizada da distinção entre a *specific performance* em *common law* e a execução específica e a indenização em natureza, nas ordens

A segunda nota prende-se com o *percurso* desta figura que, tradicionalmente, na ordem jurídica inglesa, tinha uma natureza subsidiária, tratando-se do último recurso a aplicar quando a indemnização (o remédio-regra) se revelasse inadequada²⁶⁸. Não se reconhecia assim um *direito* da parte lesada à execução forçada do contrato, cabendo ao tribunal, através de um juízo (discrecionário²⁶⁹) de inadequação da indemnização como meio para reparar o dano sofrido, determinar a sua aplicação. Tratava-se pois de mais um caso de interferência da *equity*, corrigindo o resultado da mera aplicação da *common law*²⁷⁰.

Todavia, mais recentemente, desde *Beswick v. Beswick* (1968), operou-se uma progressiva expansão do âmbito de aplicação da *specific performance*, afastando, em certa medida, o respectivo carácter subsidiário: a *specific performance* deveria ser aplicada sempre que se revelasse apropriada ao caso concreto e não apenas quando os outros *remedies*, designadamente a indemnização, se revelassem inadequados²⁷¹. Esta ampliação do âmbito de aplicação da *specific performance* foi ainda visível nas décadas de 60 e 70 na discussão do projecto de código dos contratos, dirigido por Harvey McGregor. Com efeito, neste debate, parte da doutrina defendeu uma inversão de papéis entre a *specific performance* e a indemnização enquanto remédios perante uma

da família romano-germânica, veja-se TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contract. A comparative account*, Clarendon Press, 1988, p. 45 e ss.

²⁶⁸ ATIYAH chama a atenção para a incongruência sistemática da ordem jurídica inglesa no tratamento dos diferentes instrumentos de reacção ao incumprimento contratual, na medida em que impõe uma aplicação subsidiária da *specific performance* em relação à indemnização admitindo, simultaneamente, a *rescission* ou *termination* sem mais, como remédios principais, ainda que a indemnização se revelasse um meio adequado para fazer face ao incumprimento do devedor (*An Introduction... cit.*, p. 427).

²⁶⁹ Veja-se, quanto ao carácter discrecionário da decisão de ordenar a *specific performance* do contrato, bem como quanto aos casos em que, tendencialmente, aquela medida é ordenada, ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 424. Para mais desenvolvimentos sobre a figura em *common law*, veja-se BURROWS, Andrew, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2004, p. 456 e ss.

²⁷⁰ Veja-se, por todos, *Cheshire.. cit.*, p. 797.

²⁷¹ Isto sem prejuízo da verificação de outros pressupostos necessários à aplicação desta medida, pressupostos esses que, no Direito inglês, se aproximam bastante dos constantes dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (veja-se, em especial, o artigo 9:202).

situação de incumprimento: aquela deveria ser a regra e este, conseqüentemente, o remédio subsidiário²⁷². Esta tendência foi todavia contrariada recentemente pela *House of Lords*, em 1998, no caso *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holding) Ltd*, pelo que é hoje incerto o verdadeira âmbito de aplicação da *specific performance*²⁷³.

4.3. Revogação

O Direito inglês não admite que a parte que declarou a intenção de não cumprir o contrato venha a declarar posteriormente que, afinal, pretende cumpri-lo²⁷⁴. Já no Direito norte-americano admite-se tal revogação, desde que o credor não tenha alterado de forma substancial a sua posição na sequência da declaração, designadamente pela interposição de uma acção com vista ao ressarcimento dos danos sofridos²⁷⁵. A retractação não será igualmente possível quando o repúdio tenha gerado uma perda de confiança de tal ordem que torne insustentável a manutenção do vínculo entre as partes. Tal será o caso, por exemplo, do repúdio de um contrato de casamento.

²⁷² O projecto de um código dos contratos determinava no artigo 401 o direito do credor a requerer a *specific performance* da obrigação incumprida, afirmando expressamente, no n.º 2, que «[n]o limitation upon the availability of the remedy arises from the sole fact that damages may appear to provide an adequate alternative remedy» (MCGREGOR, Harvey, *Contract Code. Drawn Up on Behalf of the English Law Commission*, Giuffrè, Sweet & Maxwell, 1993, p. 87). Note-se que o projecto nunca chegou a ser concluído, tendo sido abandonado em 1973. Para mais desenvolvimentos sobre a esta questão, veja-se ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 427.

²⁷³ De facto, ainda hoje os tribunais ingleses «(...) rarely orde[r] the contract to be performed (...). The courts do have power to make a decree of specific performance (...) but this is rarely exercised (...)» (ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 416). Para mais desenvolvimentos sobre a *specific performance* no Direito inglês, veja-se OGUS, Anthony, «Remedies. English Report», *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, org. Donald Harris e Denis Tallon, Clarendon Press, 1989, p. 249 e ss.; ATIYAH, P.S., *ibid*, p. 424 e ss.; FARNSWORTH, E., *Changing Your Mind*, Yale University Press, 1998, p. 110 e ss.; CHITTY, J., *Chitty... cit.*, p. 1521 e ss; e MCKENDRICK, Ewan, *Contract... cit.*, p. 451 e ss.

²⁷⁴ Veja-se, por todos, CHITTY, J., *Chitty... cit.*, p. 1384.

²⁷⁵ CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 965 e ss. O n.º 1 do artigo 2-611 do *Uniform Commercial Code* dispõe: «[u]ntil the repudiating party's next performance is due he can retract his repudiation unless the aggrieved party has since the repudiation cancelled or materially changed his position or otherwise indicated that he considers the repudiation final».

5. Fundamentos da doutrina

Ao ler *Hochster v. de la Tour* apercebemo-nos que o tribunal não apresenta uma fundamentação clara e sustentada da posição defendida. De facto, ao lermos decisões iniciais sobre a *anticipatory breach*, apercebemo-nos que a preocupação inicial dos tribunais parece ter-se resumido a encontrar soluções práticas para os casos concretos que lhes eram colocados, descurando a respectiva fundamentação jurídica. O tratamento teórico da regra foi, assim, realizado posteriormente pela doutrina, existindo hoje diferentes correntes acerca do fundamento do instituto da *anticipatory breach*.

5.1. Uma contradição nos termos (?):

A violação de uma obrigação vencida como fundamento da *anticipatory breach*

Não obstante a diversidade de teorias que pretendem oferecer um enquadramento teórico-jurídico à regra da *anticipatory breach*, a verdade é que a maioria da jurisprudência recorre ainda à violação *presente* de uma obrigação *exigível* e não à perspectiva de um incumprimento *futuro* de uma obrigação ainda *não vencida*, como fundamento para a regra. Apenas uma minoria tem vindo, mais recentemente, a relacionar o incumprimento antecipado com a ideia de inevitabilidade de um incumprimento futuro e com a figura da *prospective breach*²⁷⁶. Assim, o termo *anticipatory* tendencialmente remete, não – como se poderia pensar – para a obrigação violada aquando do repúdio do contrato – e

²⁷⁶ Veja-se, a título de exemplo, o caso *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957), ponto 438.

que, como veremos, é em regra apresentada como o fundamento do instituto, mas para a obrigação ainda não vencida, cujo incumprimento se receia²⁷⁷.

(a) Teoria da promessa implícita de não repúdio (*Hochster v. de La Tour*)

Em *Hochster v. de la Tour* a regra da *anticipatory breach* surge como o resultado da violação de uma promessa implícita de não repúdio do contrato, assumida pelas partes ao contratarem: «[t]here is a relation constituted between the parties in the meantime by the contract, and they impliedly promise that in the meantime neither will do anything to the prejudice of the other inconsistent with that relation»^{278/279}.

Em *common law*, à semelhança do que sucede nas ordens jurídicas romano-germânicas, reconhece-se, ao lado das obrigações assumidas pelas partes de forma expressa no contrato, um conjunto de outras obrigações «implícitas» (*implied terms*). Estas obrigações, muito embora atribuídas à vontade das partes, decorrem na realidade da lei e dos tribunais, podendo ou não coincidir com a

²⁷⁷ Por esta razão pensamos que a terminologia escolhida para designar este incumprimento não terá sido porventura a mais feliz, já que induz em erro. Também BIRDS, BRADGATE, e VILLIERS referem que talvez fosse mais adequado e exacto referir o fenómeno designado como *anticipatory breach* como *present breach of an implied term* (*Termination... cit.*, p. 21).

²⁷⁸ Excerto do discurso de Lord Chief of Justice Campbell em *Hochster v. de la Tour* (*apud* CORBIN, A., *Corbin... cit.*, p. 955).

²⁷⁹ Nas ordens jurídicas de *common law* o contrato é tipicamente definido como «*a promise directly or indirectly enforceable at law*». O *Restatement (Second) of Contracts*, §1, adoptando a formulação proposta por WILLISTON, define contrato como: «*a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognises a duty*». A *promise*, por sua vez, é definida por CORBIN como «*an expression of intention that the promisor will conduct himself in a specified way or bring about a specified result in the future, communicated in such a manner to a promisee that he may justly expect performance and may reasonably rely thereon*» (*Corbin... cit.*, p. 20). SIMPSON, por sua vez, afirma que «[a] *promise undertakes a present duty of future performance*» (*Handbook...cit.*, p. 2). Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de *promise* veja-se FRIED, C., *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981; ATIYAH, P.S., *Promises, morals, and law*, Clarendon Press, 1981; e SCOTT, Robert E., e LESLIE, Douglas L., *Contract Law and Theory*, The Michie Company, 1988, p. 9 e ss. Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de contrato veja-se ATIYAH, P.S., *An Introduction... cit.*, p. 37 e ss.

vontade real daquelas. Os *implied terms* são introduzidos pelo juiz ou pela lei na falta de manifestação – expressa ou tácita – pelas partes da respectiva intenção²⁸⁰. Procurando reforçar o carácter vinculativo do contrato, os tribunais constroem uma vontade presumida das partes, tendo como referência um *reasonable man*²⁸¹ colocado nas mesmas circunstâncias que aquelas.

A obrigação de não repúdio do contrato faria parte deste núcleo de obrigações *implícitas* do contrato. Donde, qualquer acto do devedor que ponha em causa o cumprimento futuro de uma obrigação contratual *não vencida* constituiria uma violação *presente* daquela outra obrigação de não repúdio.

(b) Teoria do direito ao não repúdio (*Frost v. Knight*)

A teoria do incumprimento antecipado fundado numa «promessa implícita de não repúdio do contrato» recebeu duras críticas por assentar numa ficção²⁸². De forma a ultrapassar esta crítica, surgiu uma nova corrente doutrinária – bastante próxima da anteriormente exposta, assente na ideia de que a regra da *anticipatory breach* tem por base o direito de cada uma das partes à subsistência e eficácia do contrato, direito esse inerente e inseparável da obrigação contratual assumida por cada uma.

A teoria é formulada por Lord Chief Justice Cockburn no caso *Frost v. Knight*: «[t]he promisee has an inchoate right to the performance of the bargain, which becomes complete when the time for performance has arrived. In the meantime, he has a right to have the contract kept open as a subsisting and effective contract»²⁸³.

À semelhança do que se verificou na análise da teoria da promessa implícita de não repúdio, também aqui, a «*anticipatory breach*» mais não é do

²⁸⁰ CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution... cit.*, p. 166 e 167 e WILLISTON, S., *A Treatise...cit*, vol. 24, p. 497 e ss.

²⁸¹ Este *reasonable man* corresponderá ao nosso *bom pai de família*. Para mais desenvolvimentos sobre esta figura, veja-se CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 167 e ss.

²⁸² Veja-se, neste sentido, CORBIN, A., *Corbin...cit.*, p. 956.

²⁸³ *Apud* CORBIN, *Corbin... cit.*, p. 956.

que uma *actual breach* de um dever legal imposto às partes²⁸⁴. Como salienta MUSTILL, do que se trata não é do incumprimento antecipado de uma obrigação, mas sim do incumprimento presente de um direito da contraparte, o direito a esperar que os seus direitos, ainda não exigíveis, emergentes do contrato, venham a ser satisfeitos²⁸⁵.

Também FURMSTON, citando a decisão do tribunal de recurso em *Frost v. Knight*, afirma que a designação de *anticipatory breach* para estes casos pode ser equívoca, já que a parte não adimplente, «*in retracting his promise to marry the plaintiff, violated not a future, but an existing obligation*»²⁸⁶. Nesta concepção, a contraparte teria direito não só ao cumprimento da promessa de casamento, como a um comportamento do promitente, até à data de vencimento da promessa de casamento, revelador da sua capacidade e vontade de cumprir na data acordada. Pelo que, qualquer comportamento em sentido contrário constituirá não um incumprimento da promessa futura, mas de um dever presente.

Embora haja um esforço da doutrina em distinguir esta teoria da teoria da *implied promise* de não repúdio – aquela assentaria numa ficção de uma vontade das partes, enquanto esta teria por base um *duty* imposto pela lei e pelos tribunais, a verdade é que temos alguma dificuldade em discernir uma diferença substancial entre as duas. E isto por duas ordens de razão. De um lado, como vimos, tanto a promessa implícita de não repúdio do contrato, como o dever de não repúdio têm como fonte originária a lei ou os tribunais e não a vontade das partes. De outro, o recurso ao termo *duty*, por contraposição com *promise*, para designar a «obrigação» de abstenção de colocar obstáculos ao

²⁸⁴ Parece ser esta a orientação perfilhada por CHITTY (*Chitty...cit.*, p. 1384), CORBIN (*Corbin...cit.*, p. 940 e 956), BALLANTINE («*Anticipatory... cit.*, p. 330) e FARNSWORTH (*Farnsworth... cit.*, p. 529).

²⁸⁵ MUSTILL, M., «*Anticipatory... cit.*, p. 47 e 48. Note-se todavia que COCKBURN fala de um dever precário, em fase embrionária (*inchoate*), que se consolida ao longo da execução do contrato, atingindo a maturidade e existência plena na data de vencimento da obrigação. Talvez neste contexto faça sentido falar de uma *anticipatory* e não *actual breach*.

²⁸⁶ *Cheshire.. cit.*, p. 682.

cumprimento do contrato, parece desprovida de substrato jurídico, já que, como vimos, a *promise* redundava na assumpção de um *duty* de prestação futura.

5.2. A inevitabilidade do incumprimento futuro

Dentro da ampla categoria da *breach of contract*, NIENABER distingue duas figuras: a *actual breach of contract* e a *immediate breach of contract*²⁸⁷.

A primeira consiste na violação directa de uma obrigação contratual (*actual breach of promise*), estipulada expressa ou implicitamente no contrato, seja em resultado do incumprimento *tout court*, seja do cumprimento defeituoso. A recusa de cumprimento antes do vencimento encontra-se fora desta primeira categoria, salvo nos casos em que o contrato preveja, explícita ou implicitamente, uma obrigação de não repúdio.

O não cumprimento antecipado, para este Autor, deverá antes ser reconduzido à *immediate breach of contract* na medida em que, embora a *repudiation* não constitua *per se* uma violação das obrigações assumidas pelas partes ao contratar, se lhe deverá seguir uma *actual breach* do contrato e, bem assim, a violação do direito ao cumprimento da contraparte. De facto, para NIENABER, o fundamento da regra da *anticipatory breach* reside no reconhecimento da faculdade de as partes anteciparem um acontecimento que é dado como inevitável e reagir imediatamente, sem terem de aguardar pela efectiva ocorrência do mesmo. Donde, haverá *anticipatory breach* a partir do momento em que o incumprimento objecto da recusa se torne inevitável^{288/289}.

²⁸⁷ «The Effect...*cit.*, p. 223.

²⁸⁸ O Autor remete a propósito do fundamento da regra para a decisão *Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati* (1957): «[t]he two forms of anticipatory breach have a common characteristic that is essential to the concept, namely, that the injured party is allowed to anticipate an inevitable breach. (...) So anticipatory breach means simply that a party is in breach from the moment that his actual breach becomes inevitable. Since the reason for the rule is that a party is allowed to anticipate an inevitable event and is not obliged to wait till it happens, it must follow that the breach which he anticipates is of just the same character as the breach which would actually have occurred if he had waited» (ponto 438) («The Effect... *cit.*, p. 224).

5.3. A actualidade do dano

Outra doutrina prefere sustentar a regra da *anticipatory breach* em razões de ordem mais prática, de natureza económica, designadamente, na ideia de que o dano provocado à contraparte, pela parte que «rejeita» o contrato, produz-se imediatamente e não apenas na data de vencimento da obrigação – muito embora se trate de um dano diferente do decorrente do efectivo incumprimento da obrigação. Com efeito, a declaração de não cumprimento afecta imediatamente o valor de mercado do direito de crédito da contraparte, na medida em que perturba a confiança e certeza quanto à satisfação do mesmo²⁹⁰.

5.4. Incentivo a um comportamento economicamente mais eficiente

Ainda de um ponto de vista eminentemente económico, há quem assente o fundamento da regra da *anticipatory breach* nas vantagens resultantes da respectiva aplicação no que concerne a minimização dos danos decorrentes do incumprimento²⁹¹. De facto, ao permitir que a parte lesada, verificada a inevitabilidade do incumprimento, demande desde logo a contraparte, exigindo-lhe o pagamento de uma indemnização pelos danos provocados,

²⁸⁹ Por não se tratar de uma *actual breach*, continua o Autor, não se admite o recurso à *specific performance*, já que tal redundaria na atribuição à recusa de cumprimento do efeito de antecipação do vencimento (NIENABER, P.M., «The Effect... *cit.*», p. 226 e 227).

²⁹⁰ CORBIN é um dos Autores que reconhece na actualidade do dano uma justificação parcial da regra da *anticipatory breach*, argumentando que a recusa de cumprimento «(...) *disturbs the confidence and security of the promisee; it causes him immediate pecuniary injury; and the allowance of an immediate action makes for an early settlement of the dispute and a timely payment of damages*» (Corbin... *cit.*, p. 946).

²⁹¹ TREITEL, G.H., *The Law...cit.*, p. 848.

incentiva-se o «abandono» do contrato, evitando-se desta forma o incorrer em custos adicionais²⁹².

O reconhecimento da faculdade de o credor pôr termo ao contrato imediatamente permite que este procure noutro parceiro a satisfação dos seus interesses de um lado, e, de outro, liberte os recursos afectos ao contrato moribundo. Desta forma, evita-se o incorrer em prejuízos adicionais – designadamente através do cumprimento pela parte não faltosa da respectiva obrigação, promovendo, simultaneamente, a maximização dos recursos existentes de ambas as partes – que agora os podem afectar de forma mais eficiente, a outra relação contratual^{293/294}.

§2. A RESOLUÇÃO INFUNDADA EM ALGUNS DIREITOS ROMANO-GERMÂNICOS

§2.1. DIREITO ALEMÃO

A doutrina e jurisprudência alemãs não se alongam sobre o tema da resolução infundada, manifestando-se a escassa literatura encontrada no sentido da respectiva ineficácia.

²⁹² Trata-se aqui de custos decorrentes, designadamente, da preparação do cumprimento da respectiva obrigação, da não disponibilização dos recursos para outros contratos.

²⁹³ Veja-se quanto à função económica da cessação do contrato em caso de *anticipatory breach*, BRADGATE, Robert, BIRDS, John, e VILLIERS, Charlotte, *Termination... cit.*, p. 30 e 31.

²⁹⁴ Veja-se ainda, para mais desenvolvimentos quanto à *anticipatory breach*, GULOTTA, James C. Jr., «Anticipatory Breach – A Comparative Analysis», *Tulane Law Review*, n.º 50, Maio de 1976, p. 927 a 954; DAWSON, Francis, «Metaphors and Anticipatory Breach of Contract», *The Cambridge Law Journal*, vol. 40, n.º 21, Abril de 1981, p. 83 a 107; DENOOYER, Dena, «Remedying Anticipatory Breach - Past, Present, and Future?», *Southern Methodist University Law Review*, n.º 52, 1999, p. 1787 a 1816; ROWLEY, Keith A., «A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law», *University of Cincinnati Law Review*, n.º 69, 2001, p. 565 a 639; LIU, Qiao, «Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract», *Cambridge Law Journal*, n.º 66, Novembro de 2007, p. 57 a 604; MILIKOWSKY, Matthew, «A not intractable problem: reasonable certainty, tractebel, and the problem of damages for anticipatory breach of a long-term contract in a thin market», *Columbia Law Review*, n.º 108, 2008, p. 452 a 493; e CARTER, J. W., «Discharge as the basis for termination for breach of contract», *Law Quarterly Review*, n.º 128, Abril de 2012, p. 283 a 302.

BECKMANN, no quadro do contrato de locação financeira, numa secção pleonasticamente designada de «Eintritt der Wirkungen des Rücktritts nur bei Wirksamkeit» (produção dos efeitos da resolução apenas em caso de eficácia)²⁹⁵, chama a atenção para o facto de, à semelhança do que sucede com os demais direitos, também no caso dos potestativos, as respectivas consequências jurídicas não resultarem de uma mera possibilidade abstracta da existência do direito, nem tão pouco apenas do seu exercício. A produção dos efeitos associados a um direito depende *sempre* do preenchimento dos pressupostos legais ou contratuais do seu surgimento na esfera jurídica de um sujeito. A ausência de referência expressa a este facto na previsão da norma que regula a resolução decorre, no entender do Autor, da sua extrema evidência.

A jurisprudência parece partilhar do mesmo entendimento, como resulta, designadamente, da decisão do BGH de 22.09.2004, em que o tribunal afirma que a relação contratual não se transforma numa relação de liquidação por mero efeito da declaração de resolução, designadamente se não existir uma situação de incumprimento que fundamente aquele direito²⁹⁶.

§2.2. DIREITO ITALIANO

No Direito italiano, a maioria da doutrina e da jurisprudência tende a pronunciar-se no sentido da ineficácia da declaração de resolução quando infundada, com a consequente manutenção do contrato.

Neste sentido, TARTAGLIA afirma que «(...) *ove il fatto supposto si dimostrasse insussistente, l'effetto (...) [è] della mancanza di fondamento della asserita risoluzione. In altri termini, la sola conseguenza è che il contratto conserva tra le parti la sua efficacia*»²⁹⁷. Todavia, no que concerne à equiparação daquela declaração ao

²⁹⁵ BECKMANN, Von Heiner, «*Rechtswirkungen... cit.*», p. 954.

²⁹⁶ Decisão do BGH de 22.09.2004 (*Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*, 2005, 5, p. 357 a 361).

²⁹⁷ «*Dichiarazione...cit.*», p. 28.

incumprimento, o Autor contesta-a, desde logo por recusar a respectiva recondução à figura da recusa de cumprimento²⁹⁸. Trata-se, todavia de uma posição minoritária, já que a maioria da doutrina tende a reconhecer na declaração de resolução infundada uma forma de recusa de cumprimento.

No sentido da recondução da declaração de resolução sem fundamento ao incumprimento, veja-se uma decisão da *Cassazione Civile* de 1973 em que é afirmado que «[l]a manifestazione di volontà con la quale uno dei contraente dichiara di ritenersi sciolto dal vincolo contrattuale per fatti imputabili alla controparte (...) implica l'inadempimento totale del dichiarante se i motivi adottati risultano infondati»²⁹⁹.

§2.3. DIREITO FRANCÊS

No Direito francês, à semelhança do que sucede no Direito nacional, encontramos em algumas áreas específicas, o sancionar com a nulidade da cessação ilícita do contrato. Tal é o que sucede em alguns casos no Direito do Trabalho, designadamente no regime jurídico de despedimento da trabalhadora grávida³⁰⁰, bem como de delegado sindical³⁰¹. Também a lei do arrendamento

²⁹⁸ Assim, afirma o Autor, «[i]nanzitutto riteniamo che non sai da accogliere il giudizio di equivalenza tra una dichiarazione diretta alla risoluzione del rapporto obbligatorio e la dichiarazioni di non voler adempiere, nel senso che nella manifestazione di una volontà di risoluzione sia, anche implicitamente, contenuta una volontà di non adempiere alla obbligazione. Infatti, si può osservare come la dichiarazione con cui la parte, sul presupposto dell'inadempienza dell'altra, manifesti la volontà di risolvere il contratto, in sé e per sé esprime soltanto la mera constatazione di un supposto fatto addebitabile alla controparte, con le relative conseguenze. Pertanto, ove il fatto supposto si dimostrasse insussistente, l'effetto non potrebbe essere quello di porre in stato di inadempienza la stessa parte dichiarante, ma quello, ben diverso, della mancanza di fondamento della asserita risoluzione. In altri termini, la sola conseguenza è che il contratto conserva tra le parti la sua efficacia» («Dichiarazione... cit., p. 28).

²⁹⁹ Apud TARTAGLIA, P., «Dichiarazione... cit., p. 20.

³⁰⁰ Veja-se designadamente os artigos L1225-71 e L1225-5 do código de trabalho francês: «L1225-71 L'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L. 1225-1 à L. 1225-28 et L. 1225-35 à L. 1225-69 peut donner lieu à l'attribution de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire, en plus de l'indemnité de licenciement. Lorsque, en application des dispositions du premier alinéa, le licenciement est nul, l'employeur verse le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité»; L1225-5: «Le licenciement d'une salariée est annulé lorsque, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, l'intéressée envoie à son employeur, dans des conditions déterminées par voie

determina a nulidade da cessação do contrato pelo senhorio quando este não indique o fundamento da cessação^{302/303}. Nestes casos o contrato mantém-se, apesar da declaração de cessação, como forma de execução forçada em natureza³⁰⁴.

No que concerne à resolução infundada do contrato no regime geral das obrigações, Y.-M. LAITHIER qualifica-a como uma forma de incumprimento ilícito³⁰⁵. No que às sanções diz respeito, o Autor refere que são as do Direito comum. O tribunal pode assim ordenar a resolução do contrato que o devedor não logrou realizar ou procurar satisfazer o direito de crédito do credor, seja condenando o devedor na obrigação de indemnizar o credor, colocando-o na situação em que estaria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido (interesse positivo), seja ordenando a execução em natureza do contrato, o que dependerá da utilidade de tal execução para a parte adimplente, bem como da

réglementaire, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte. Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le licenciement est prononcé pour une faute grave non liée à l'état de grossesse ou par impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement».

³⁰¹ Assim, determina o artigo L2421-1 do código de trabalho francês: «*La demande d'autorisation de licenciement d'un délégué syndical, d'un salarié mandaté ou d'un conseiller du salarié est adressée à l'inspecteur du travail. En cas de faute grave, l'employeur peut prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé dans l'attente de la décision définitive. Cette décision est, à peine de nullité, motivée et notifiée à l'inspecteur du travail dans le délai de quarante-huit heures à compter de sa prise d'effet. Si le licenciement est refusé, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit*».

³⁰² Trata-se do artigo 15 da lei 89-462, de 6 de Julho de 1989:«*I. - Lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant. A peine de nullité, le congé donné par le bailleur doit indiquer le motif allégué et, en cas de reprise, les nom et adresse du bénéficiaire de la reprise qui ne peut être que le bailleur, son conjoint, le partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité enregistré à la date du congé, son concubin notoire depuis au moins un an à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, de son partenaire ou de son concubin notoire*». O termo «congé» designa a notificação de cessação do contrato realizada pelo senhorio ao arrendatário.

³⁰³ Veja-se quanto a estas disposições do Código do Trabalho e do regime do arrendamento, MESTRE, Jacques, «*Rupture... cit.*», p. 100.

³⁰⁴ Neste sentido, veja-se, por exemplo, MARAIS, Astrid, «*Le maintien forcé du contrat par le juge*», *Petites Affiches*, n.º 197, Outubro de 2002, p. 9.

³⁰⁵ LAITHIER, Y.-M., *Étude Comparative des Sanctions de l'Inexécution du Contrat*, L.G.D.J., 2004, p. 294..

possibilidade material e jurídica de tal cumprimento³⁰⁶. Também JACQUES MESTRE afirma que o juiz, perante uma declaração de resolução nula, pode ordenar a execução do contrato, já que, afinal, este não se encontra destruído. Salaria todavia que esta não é a solução geral, citando como exemplo o regime geral do despedimento em que não se prevê a imposição pelo tribunal ao empregador da reintegração do trabalhador despedido sem fundamento³⁰⁷.

Parte significativa da doutrina manifesta-se no sentido da preferência pela manutenção do contrato em caso de cessação infundada. Assim, JACQUES MESTRE propõe a inserção no Código Civil de uma disposição que preveja a faculdade de o credor, em caso de ruptura irregular do contrato, optar entre a manutenção do contrato e um direito a ser indemnizado pelos danos resultantes da cessação³⁰⁸. Admite todavia o Autor que devem ser reconhecidos limites a este direito à manutenção. Desde logo limites legais (*v.g.*, o não reconhecimento pelo código do trabalho de um direito à reintegração do trabalhador despedido sem fundamento) e limites decorrentes da natureza do contrato em causa, designadamente quando as obrigações revistam um carácter eminentemente pessoal³⁰⁹.

Refira-se, finalmente, STOFFEL-MUNCK quando afirma que «[l]a résolution ayant été affirmée sans droit, elle n'a apparemment pas pu juridiquement opérer. (...) L'inefficacité s'avance donc comme la première sanction. Mais, en outre, l'attitude du créancier peut être considérée comme une faute qui engage sa responsabilité.

³⁰⁶ LAITHIER, Y.-M., *Étude... cit.*, p. 295 e s. Veja-se ainda GRIDEL e LAITHIER quando referem que o credor que decide resolver o contrato extra-judicialmente com fundamento em comportamento grave do devedor se encontra sujeito a que o tribunal, chamado a pronunciar-se sobre tal decisão e concluindo pela inexistência de comportamento grave, decida seja no sentido da manutenção do contrato, seja na determinação de uma obrigação de indemnização («Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux», *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n.º 21, 21 de Maio de 2008, I, p. 150).

³⁰⁷ «Rupture... cit.», p. 100.

³⁰⁸ «Rupture... cit.», p. 102.

³⁰⁹ «Rupture... cit.», p. 103. Manifestando uma posição muito próxima de JACQUES MESTRE, veja-se PANCRAZI- TIAN, M.E., *La protection...cit.*, p. 266 e ss.

L'allocation de dommages et intérêts s'annonce donc comme la deuxième sanction»³¹⁰. A manutenção do contrato não deve todavia, chama a atenção o Autor, ser determinada quando o credor não esteja em condições de realizar a contraprestação devida ou ainda quando, de um ponto de vista prático, não seja viável, designadamente quando a prossecução do contrato dependa de um determinado grau de *boa vontade* e *confiança* entre as partes. Nestes casos o contrato deverá cessar, reconhecendo-se ao credor o direito a ser indemnizado pelos danos decorrentes da ruptura injustificada do contrato³¹¹.

³¹⁰ «Le contrôle...*cit.*, p. 74. Pronunciando-se igualmente no sentido da invalidade da cessação unilateral infundada e na conseqüente prossecução do contrato, veja-se, igualmente, MARAIS quando afirma: «(...) *lorsque le maintien du contrat résulte de l'annulation de la décision de rupture, le juge ne répare pas le préjudice subséquent à la rupture, puisque, par hypothèse, cette dernière est censée de ne pas être intervenue. Il se contente alors d'ordonner l'exécution en nature du contrat*» («Le maintien...*cit.*, p. 7). A Autora distingue estes casos daqueles em que a cessação unilateral do contrato consubstancia um abuso de direito. Nestas circunstâncias, o tribunal «(...) *ne remet pas alors en cause la validité de la décision de cessation des relations contractuelles*». A manutenção do contrato, determinada então, consubstancia uma medida de reparação em natureza pelos prejuízos sofridos pelo credor e não uma conseqüência da nulidade do acto de cessação do contrato.

³¹¹ «Le contrôle...*cit.*, p. 76 e s.

CAPÍTULO III

OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO INFUNDADA NO DIREITO PORTUGUÊS

§1. ANÁLISE DE ALGUNS REGIMES ESPECIAIS

Como tivemos oportunidade de referir acima, a lei (geral) não esclarece de forma expressa e inequívoca quanto à questão central do nosso estudo. Não encontramos no CC, designadamente na subsecção VI, do título I do Livro II, dedicada ao regime jurídico da resolução, uma disposição que determine os efeitos desta declaração quando seja emitida fora do respectivo quadro legal. Esta ausência de regulação não é absoluta, tendo o legislador curado desta matéria – directa ou indirectamente – a propósito de alguns contratos em especial, seja no próprio texto do CC, seja em diplomas avulsos. Apesar de não se tratar de regras de aplicação geral é por aqui que devemos começar a tarefa de determinação dos efeitos da resolução infundada.

§1.1. A REVOGAÇÃO UNILATERAL DO MANDATO *IN REM PROPRIAM*

Embora o regime jurídico do mandato não contenha uma norma expressa dedicada aos efeitos da resolução ilícita, é neste discernível uma regulação *indirecta* da matéria, o que se reveste de particular interesse, já que se trata um acervo de normas com um campo de aplicação particularmente vasto³¹². De facto, aplicando-se às modalidades de contrato de prestação de serviços que a lei não regule especialmente (artigo 1156.º do CC), o mandato concentra a

³¹² Sem prejuízo do respectivo âmbito ter sofrido algum redimensionamento nos últimos tempos, em resultado do surgimento de novos contratos com uma disciplina jurídica autónoma (*v.g.*, contrato de agência, contrato de mediação). Note-se que o mandato é também, tendencialmente, o modelo para as situações jurídicas de gestão (artigo 471.º do CC).

disciplina jurídica do agir por conta de outrem: trata-se do contrato paradigma aplicável às relações de prestação de serviços³¹³.

1. Modalidades de cessação do contrato

O mandato pode extinguir-se por força das causas comuns de cessação dos contratos, tais como a denúncia, a revogação, a resolução ou a caducidade. Só duas, no entanto, foram objecto de regulação autónoma no âmbito do regime jurídico do mandato: a *revogação* e a *caducidade*. Interessa-nos aqui, naturalmente, a figura da revogação, tal como desenhada nos artigos 1170.º e seguintes do CC, e, em especial, a revogação *unilateral*. Com efeito, o CC prevê a cessação do mandato tanto por efeito de acto bilateral (revogação em sentido técnico) – por acordo das partes (artigo 1170.º, n.º 2), como unilateral – seja pelo mandante, seja pelo mandatário (artigo 1170.º, n.º 1 e n.º 2, *in fine*)³¹⁴.

³¹³ LEITÃO, Adelaide Menezes, «“Revogação Unilateral” do Mandato, Pós-Eficácia e Responsabilidade pela Confiança», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, I Volume, Direito Privado e Vária*, org. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Manuel Januário da Costa Gomes, Almedina, 2002, p. 307. Para mais desenvolvimentos sobre o contrato de mandato, veja-se, por todos, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema...cit.* e *Contrato de Mandato*, reimp. da edição de 1990, AAFDL, 2007. Para alguns exemplos de contratos sujeitos ao regime jurídico do mandato, veja-se ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II Conteúdo. Contratos de Troca*, 2.ª ed., Almedina, 2011, p. 179 e ss.

³¹⁴ De entre as diferentes formas de cessação de contratos, a revogação distingue-se (entre outros) pelo seu carácter bilateral ou plurilateral. Trata-se de um acto (ou negócio, consoante a doutrina) mediante o qual as partes, no exercício da autonomia contratual que a lei lhes reconhece (artigo 406.º, n.º1 do CC), decidem fazer cessar a relação contratual (veja-se, por todos, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da cessação... cit.*, p. 50 e ss. e *supra*, capítulo I, §2.1., 1.3.). Donde, a revogação *unilateral* ao permitir que uma das partes, sem o consentimento da outra, extinga o contrato, reveste-se de carácter *excepcional*, enquanto desvio ao n.º 1 do artigo 406.º do CC e, bem assim, ao princípio da estabilidade contratual, pelo que se admite apenas nos casos previstos de forma expressa na lei ou acordados pelas partes. Salientando o carácter excepcional da revogação unilateral, MENEZES LEITÃO, Adelaide, «Revogação...cit.», p. 322. Este afastamento do regime típico da *revogação* levou parte da doutrina a defender que nos casos em que a lei qualifica determinado acto como acto de revogação unilateral do contrato, não nos encontramos perante uma verdadeira revogação – em sentido técnico jurídico, mas sim perante um caso de denúncia ou de resolução (ainda que atípicas). É nesta linha que ADELAIDE MENEZES LEITÃO afirma que o conceito de *revogação* constante das regras do mandato abrange não só a figura da revogação, *stricto sensu*, como também a resolução e a denúncia («“Revogação... cit.», p. 318).

2. Em especial:

A revogação unilateral do contrato de mandato de interesse comum

O CC consagra um princípio de livre revogabilidade do mandato (artigo 1170.º, n.º 1 do CC)³¹⁵, desviando-se apenas desta regra nos casos de «*mandato conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro*» (artigo 1170.º, n.º 2). De facto, embora pelo mandato se prossiga, tipicamente, os interesses do mandante, admite-se que, simultaneamente, também os interesses daqueles sejam prosseguidos. Assentando o princípio da livre revogabilidade no interesse *exclusivo* do mandante no mandato³¹⁶, entendeu o legislador dever afastá-lo – ou limitá-lo – sempre que outros interesses (mandatário ou terceiro) se encontrem presentes^{317/318}. Neste caso, a lei estabelece um pressuposto *constitutivo*³¹⁹ do direito de revogação: a verificação de *justa causa*³²⁰.

³¹⁵ Sendo a revogação unilateral do contrato – em regra – realizada *ad libitum* (artigo 1170.º, n.º 1), a figura consagrada no artigo 1170.º, n.º 1 do CC, aproxima-se, apesar da qualificação legal, da denúncia (veja-se, neste sentido, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Contrato...cit.*, p. 96 e ss.), sem todavia se confundir com esta, circunscrita aos contratos de duração indeterminada ou de prazo certo com renovação automática. Afastando a revogação unilateral *ad libitum* do instituto da denúncia, veja-se LEITÃO, Adelaide Menezes, «Revogação... *cit.*, p. 321. Para mais desenvolvimentos sobre a revogação unilateral *ad nutum* do mandato veja-se HENRIQUES, Paulo Videira, *A desvinculação... cit.*, p. 99 e ss.

³¹⁶ Veja-se, quanto ao fundamento da livre revogabilidade do mandato, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema...cit.*, p. 145 e ss.; HENRIQUES, Paulo Videira, *A desvinculação... cit.*, p. 109 e ss.; e LEITÃO, Adelaide Menezes, «Revogação... *cit.*, p.323. PAULO VIDEIRA HENRIQUES chama a atenção para o facto de a regra da livre revogabilidade do mandato ter nascido num contexto de autonomia individual do mandante e de gratuitidade do mandato, no Direito romano, contexto esse que se alterou com o Código de Napoleão, que introduziu a onerosidade do mandato, não tendo tal alteração todavia sido acompanhada de uma *recompreensão do regime da cessação* (*A desvinculação...cit.*, p. 109).

³¹⁷ Fruto da ausência de uma definição legal, o conceito de mandato *de interesse comum* tem vindo a ser delimitado pela doutrina e jurisprudência. Nesta tarefa, tem sido entendimento pacífico que o carácter oneroso do mandato, a retribuição do mandatário, só por si, não permite caracterizar o mandato como *de interesse comum*. Veja-se, neste sentido, VARELA, João Antunes e LIMA, Fernando Pires de, *Código Civil Anotado, Volume II (artigos 762º a 1250º)*, 4ª ed. (rev. e act.), Coimbra Editora, 1997, p. 809 e 810; LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações. vol. III - Contratos em Especial*, 7.ª ed., 2007, p. 480 e ss.; e GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema... cit.*, p. 146 e ss. Este último defende que «(...) *para se concluir pelo interesse do mandatário, é forçoso descortinar um direito subjectivo de que este seja titular e que seja exercido ou, por qualquer forma, actuado através da realização do acto gestório*» (*Contrato... cit.*, p. 19). A existência de um interesse

Embora tratando-se de um conceito vago e indeterminado, doutrina e jurisprudência inclinam-se maioritariamente no sentido de considerar que existe *justa causa* «(...) sempre que circunstâncias posteriores tornem inexigível para o mandante, de acordo com a boa fé, a manutenção do vínculo contratual»³²¹, o que poderá ocorrer em caso de incumprimento pelo mandatário das obrigações assumidas no âmbito do contrato de mandato³²². Face ao exposto, parece-nos inevitável extrair-se a conclusão de que a revogação unilateral *motivada* do contrato de mandato, prevista no artigo 1170.º, n.º 2 *in fine*, corresponde, na realidade, a uma forma de resolução do contrato^{323/324}.

juridicamente relevante do mandatário no contrato de mandato, susceptível de espoletar a protecção conferida pelo n.º 2 do artigo 1171.º do CC, dependeria, para aquele Autor, da existência de uma outra relação contratual entre as partes, conformadora, determinante, do contrato de mandato, da qual emergisse um direito subjectivo ou interesse merecedor daquela tutela jurídica. JANUÁRIO DA COSTA GOMES salienta ainda que este interesse – do mandatário ou do terceiro – apenas será relevante para efeitos da qualificação do mandato como de interesse comum, «(...) quando tenha sido valorado pelas partes em termos de o mandante ter acedido a que o contrato seja também um instrumento de tutela da posição do outro interessado» (*Contrato... cit.*, p. 19). Será assim necessário, para qualificar um mandato como de *interesse comum*, que a execução do mandato produza efeitos na esfera jurídica do mandatário ou de terceiro, em virtude daquela outra relação jurídica exterior ao mandato. A presença deste interesse juridicamente relevante do mandatário determina, sem mais, a irrevogabilidade do mandato, pelo que se fala de *irrevogabilidade natural* (GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema... cit.*, p. 169 e ss). Quanto à jurisprudência, veja-se, por todos, o acórdão do STJ, de 7 de Julho de 1987 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 369, Outubro, 1987, p. 537).

³¹⁸ A *ratio* desta limitação do direito de revogação reside assim na tutela de um outro interesse que não o do mandante (GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema... cit.*, p. 183).

³¹⁹ Neste sentido, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema... cit.*, p. 219, e LEITÃO, Adelaide Menezes, «Revogação...cit.», p. 324, nota de rodapé, n.º 68.

³²⁰ À semelhança do que sucede no âmbito da procuração conferida também no interesse do procurador ou de terceiro (artigo 265.º do CC).

³²¹ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito... cit.*, III, p. 481. O conceito de *justa causa* será objecto de tratamento autónomo adiante, no quadro do regime jurídico do mandato no capítulo V, §3.2, 3.3.1 e, em termos mais amplos, no §3.3, 2. Veja-se ainda para mais desenvolvimentos sobre o conceito de *justa causa* no âmbito do mandato, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema... cit.*, p. 219 e ss. (veja-se, em particular quanto à relevância da *justa causa* no mandato puro, p. 221 e s.) e REI, Raquel, *A Justa Causa para a Revogação do Contrato de Mandato*, 1994.

³²² LEITÃO, Luís Menezes, *Direito... cit.*, III, p. 481.

³²³ Neste sentido, MACHADO, João Baptista, anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 279; GOMES, Manuel Januário da Costa, *Contrato...cit.*, p. 99; HENRIQUES, Paulo Videira, *A desvinculação... cit.*, p. 106; LEITÃO, Adelaide Menezes, «Revogação...cit.», p. 323; MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação... cit.*, p. 540; e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito...cit.*, III, p. 475.

Note-se que esta não é uma posição unânime da doutrina nacional. Se uns entendem que não obstante a qualificação legal nos encontramos perante uma forma de resolução, outros entendem tratar-se de uma forma de revogação vinculada. Assim, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA consideram que, em razão da revogação do mandato só produzir efeitos para o futuro, não se pode reconduzir a revogação com justa causa do artigo 1170.º, n.º 2 do CC, à figura da resolução³²⁵.

3. Efeitos da revogação unilateral *ad nutum*

3.1. No mandato puro

A revogação do contrato de mandato cria uma *obrigação de indemnização* pelo prejuízo sofrido pela contraparte sempre que se verifique alguma das situações elencadas nas alíneas a) a d) do artigo 1172.º do CC. Assim o será quando existir convenção nesse sentido, quando tenha sido estipulada a irrevogabilidade do contrato ou quando tenha havido renúncia ao direito de revogação, quando se trate de um contrato de mandato oneroso e a revogação proceda do mandante, sempre que aquele tenha sido conferido por certo tempo³²⁶ ou para determinado assunto ou quando o mandante o revogue sem a

³²⁴ Os efeitos desta revogação unilateral com fundamento em justa causa não são pacíficos na doutrina. Assim, ADELAIDE MENEZES LEITÃO entende que o legislador designou a figura do 1170.º, n.º 2 *in fine*, como *revogação* por querer atribuir a este acto uma eficácia extintiva meramente *para o futuro*. Defende pois que se trata de uma forma de resolução atípica, já que, em regra, só deverá produzir efeitos *ex nunc* («Revogação...*cit.*, p. 323). Já JANUÁRIO DA COSTA GOMES entende o contrário, afirmando que quando «(...) a revogação tenha natureza de resolução, a mesma operará “*ex tunc*” a não ser que o mandato em causa seja duradouro, caso em que, por força do n.º 2 do art. 434º, a revogação não terá efeitos retroactivos» (*Em Tema... cit.*, p. 267).

³²⁵ Código Civil... *cit.*, vol. II, p. 809.

³²⁶ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA esclarecem que «[m]andato por tempo incerto não é o mandato sem prazo para o seu cumprimento, mas o mandato conferido para uma série indeterminada de actos jurídicos, sem fixação de prazo, isto é, para uma actividade continuada ou periódica» (*Código Civil... cit.*, vol. II, p. 813).

antecedência conveniente e, finalmente, quando a revogação seja realizada pelo mandatário sem a antecedência conveniente.

Note-se que nos casos previstos nas alíneas b), c) e d) do artigo 1172.º do CC, nos encontramos perante situações de incumprimento pela parte que revoga o contrato de mandato. Trata-se todavia de situações em que o incumprimento é tolerado pela lei, como refere P. ROMANO MARTÍNEZ, não sendo assim o direito de livre revogabilidade do contrato, consagrado no n.º 1 do artigo 1170.º, posto em causa: a contraparte não tem direito ao cumprimento do contrato, mas apenas a uma indemnização. É neste contexto que parte da doutrina entende que nos encontramos, nestes casos, perante um incumprimento *lícito*^{327/328}.

Tratando-se as previsões constantes das alíneas b) a d) do artigo 1172.º de casos de *responsabilidade por factos lícitos*³²⁹ serão apenas aplicáveis aos casos aí expressamente previstos, não sendo assim, designadamente, extensíveis aos casos de revogação do n.º 2 do art. 1170.º, *in fine*, isto é, em que a revogação depende da verificação de justa causa.

³²⁷ Neste sentido, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 544. Também PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA identificam aqui um caso de responsabilidade fundada na prática de factos lícitos (*Código Civil... cit.*, vol. II, p. 813). Chamando a atenção para o facto de a consagração de um princípio de livre revogabilidade do mandato no n.º 1 do artigo 1170.º do CC não implicar a *licitude* de qualquer revogação unilateral no caso de mandato puro, designadamente quando se verifique uma situação de abuso de direito, veja-se LEITÃO, Adelaide Menezes, «Revogação...cit.», p. 331. Veja-se igualmente, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Contrato...cit.*, p. 213 e ss.

³²⁸ O caso da alínea b) é particular, já que, claramente, encerra elementos de ilicitude. Veja-se, a este propósito, JANUÁRIO DA COSTA GOMES que, muito embora, reconhecendo efeitos extintivos à revogação, salienta que a alínea b) do artigo 1172.º do CC corresponde a um caso de *responsabilidade obrigacional por factos ilícitos* (*Contrato...cit.*, p. 98). Veja-se ainda ADELAIDE MENEZES LEITÃO, salientando que, apesar da nulidade dos pactos de irrevogabilidade do mandato ou de renúncia ao direito de revogação, decorrente do disposto no n.º 1 do artigo 1170.º, estes relevam, juridicamente, no âmbito da tutela indemnizatória da parte que *confiou* no compromisso assumido («Revogação...cit.», p. 339 e s.).

³²⁹ Em sentido contrário, no que concerne à alínea b), JANUÁRIO DA COSTA GOMES para quem, como já se referiu, se trata de um caso de *responsabilidade obrigacional por factos ilícitos* (*Contrato...cit.*, p. 98).

3.2. No mandato *in rem propriam*³³⁰

O disposto no artigo 1172.º do CC, quanto à obrigação de indemnização, permite-nos concluir algo quanto aos efeitos da revogação do mandato de interesse comum em que não se verifique justa causa. De facto, *a contrario*, retira-se da mencionada disposição, conjugada com o n.º 2 do artigo 1170.º do CC que, em caso de revogação unilateral do contrato de mandato celebrado também no interesse do mandatário, sem justa causa, a revogação (resolução) será ineficaz enquanto instrumento de destruição do vínculo contratual³³¹.

Apenas quando a lei expressamente (e excepcionalmente) tolere a extinção do contrato realizada em violação da lei ou do estipulado entre as partes – casos previstos no artigo 1172.º do CC, em que a extinção do contrato não é posta em causa, indemnizando-se apenas o lesado pelo prejuízo sofrido – é que o contrato se deverá dar por extinto. Apenas nesses casos – *excepcionais*, repita-se – o efeito extintivo do acto resolutivo se dá. Nos outros casos, isto é, em regra, o efeito extintivo não se produzirá, tendo a contraparte direito não só à indemnização pelos danos sofridos com o acto ilícito de resolução (acto de incumprimento contratual), mas também ao cumprimento do contrato – porque este não se extinguiu. É o que sucede quando o contrato de mandato tenha sido resolvido pelo mandante sem justa causa, isto é, sem fundamento.

Importa finalmente referir, como chama a atenção JANUÁRIO DA COSTA GOMES, que esta declaração de revogação infundada não é desprovida de efeitos, libertando o mandatário do contrato de mandato, sem prejuízo de este

³³⁰ Tendo em conta a finalidade da análise do regime jurídico da cessação do contrato de mandato, optámos por excluir da mesma o mandato no interesse de terceiro, já que tal figura suscita todo um conjunto de questões que não cabe aqui abordar.

³³¹ Neste sentido, afirma L. MENEZES LEITÃO que «(...) *na ausência de justa causa, a revogação pelo mandante não constituirá um mero caso de indemnização, nos termos do art. 1172º b), mas será antes ineficaz para determinar a extinção do mandato, salvo se o contrário tiver sido estipulado*» (*Direito...cit.*, III, p. 481). Também ADELAIDE MENEZES LEITÃO refere que «(...) *o art. 1170.º/2 afirm[a] expressamente a “ineficácia” da revogação unilateral do mandante sem justa causa*» («Revogação...cit., p. 321). Veja-se igualmente GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema...cit.*, p. 184 e ss.

poder manter a actividade de gestão, nos mesmos termos em que o fazia. Parece-nos, no entanto, não ser de acolher, pelo menos em termos gerais, a proposta do Autor de recondução da revogação infundada à *proposta de distrate*, cuja aceitação pelo mandatário determinaria a cessação do contrato³³². Se concordamos com o Autor no sentido de que mediante aceitação do mandatário se produz uma *conversão* da revogação infundada em proposta de distrate, cessando então por acordo das partes o mandato, é importante salientar que tal se trata de uma faculdade do mandatário. Em alternativa, este poderá igualmente pôr fim ao contrato, não por meio de uma aceitação da proposta de revogação, mas resolvendo-o, em reacção ao incumprimento contratual que aquela declaração consubstancia. Tal solução tenderá a ser mais vantajosa para o mandatário, na medida em que se aceitar a proposta de revogação não terá direito a ser indemnizado por quaisquer danos resultantes da cessação do contrato, o que já não sucederá se optar pela resolução do contrato.

§1.2. A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO URBANO PARA HABITAÇÃO POR INCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DE RENDAS

Muito embora o regime do arrendamento urbano não contenha uma disposição que regule directamente os efeitos da resolução infundada, parece-nos possível, também aqui, retirar da análise do mesmo uma disciplina *indirecta* da matéria.

1. Breve nota introdutória

A leitura do regime do arrendamento urbano para habitação revela-nos algumas especificidades em relação ao regime geral das obrigações,

³³² GOMES, Manuel Januário da Costa, *Contrato...cit.*, p. 185.

compreensíveis, na sua maioria, à luz de uma preocupação de protecção do direito à habitação, consagrado no artigo 65.º da CRP. A tutela deste direito surge de forma mais aguda, como seria natural, no regime da cessação unilateral do contrato pelo senhorio, em particular nas apertadas restrições a que o seu exercício se encontra sujeito.

As diferenças entre os dois regimes foram todavia objecto de alguma atenuação pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprovou o *Novo Regime do Arrendamento Urbano* (NRAU), e, posteriormente, pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto³³³, que, com base em diferentes motivações de ordem socioeconómica, vieram, entre outros, *aliviar* o peso das limitações impostas sobre o direito à desvinculação do senhorio^{334/335}.

Esta aproximação do regime da cessação do contrato de arrendamento urbano para habitação ao regime «geral» de cessação dos contratos de execução duradoura, bem como a relevância económica e social do contrato de arrendamento impõem que prossigamos com uma análise mais desenvolvida do mesmo. Todavia, em razão da complexidade da matéria, bem como da proliferação de literatura e de jurisprudência sobre o tema e, finalmente, da relevância prática, visível nas estatísticas da justiça, da resolução com fundamento no incumprimento da obrigação de pagamento de rendas, cingiremos o nosso objecto de trabalho a esta particular causa de cessação do contrato de arrendamento.

³³³ Note-se que a Lei n.º 31/2012 foi ainda objecto de alterações pela Declaração de Rectificação n.º 59-A/2012, de 12 de Outubro.

³³⁴ Atendendo à proximidade temporal entre a data de conclusão do presente estudo e a data de publicação da Lei n.º 31/2012, tanto a doutrina como a jurisprudência citadas referem-se ainda ao regime do arrendamento urbano aprovado pela Lei n.º 6/2006.

³³⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre os fundamentos das reformas realizadas ao regime do arrendamento urbano, veja-se, desde logo, a exposição de motivos da proposta de Lei n.º 6/2006, disponível n' *O Direito*, 137, II, 2005, p. 229 e ss. Para uma perspectiva de Direito Comparado do regime dos novos arrendamentos urbanos, veja-se MONTEIRO, João António Pinto, «O Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos sob uma perspectiva de Direito comparado», *O Direito*, n.º 136, II e III, 2004, p. 407 a 448.

2. A cessação do contrato de arrendamento pelo senhorio.

Em particular, a resolução

O contrato de arrendamento urbano encontra-se sujeito às causas gerais de extinção dos negócios jurídicos – revogação («*acordo das partes*»), caducidade, denúncia, oposição à renovação³³⁶ e resolução – e ainda a «*outras causas previstas na lei*» (artigo 1079.º do CC).

No que à resolução concerne, o respectivo exercício encontra-se regulado nos artigos 1083.º e seguintes do CC.

O artigo 1083.º define os fundamentos da resolução por meio de uma previsão geral, combinada com uma enumeração exemplificativa dos motivos invocáveis pelo senhorio para pôr fim ao contrato.

O n.º 2 do artigo 1083.º determina que apenas o incumprimento do contrato que, «*pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento*» constitui fundamento bastante para a resolução.

Sem prejuízo das particularidades impostas por este requisito quanto aos contornos do incumprimento relevante, que analisaremos adiante em detalhe, é claro que nem toda a violação do contrato de arrendamento justificará a respectiva resolução; outros remédios, como a indemnização ou a reposição da situação anterior à violação, permitirão frequentemente resolver de forma satisfatória a situação de inadimplemento. Veja-se, por exemplo, o caso em que, sem o consentimento do senhorio, o arrendatário coloca uma marquise. Muito embora se trate de uma obra que o senhorio não tem de suportar, não justifica a resolução do contrato, sendo mais adequada a determinação da remoção da mesma.

³³⁶ A oposição à renovação não consta do elenco das formas de cessação enunciadas no artigo 1079.º, muito embora o seja, indubitavelmente. Trata-se de um meio de cessação unilateral, *ad nutum*, dos contratos com prazo certo sujeitos a renovação automática. Veja-se, quanto a este ponto e à divergência doutrinal no que respeita à distinção e autonomia entre a denúncia e a oposição à renovação, DUARTE, Rui Pinto, «A cessação da relação de arrendamento urbano no NRAU», *Themis*, ano IX n.º 15, p. 46 e s. e *supra*, capítulo I, §2.1., 1.2.

Nas alíneas a) a e) do n.º 2 do artigo 1083.º, segue-se um elenco de motivos que podem constituir fundamento para a resolução do contrato pelo senhorio. Cada um destes, note-se, apenas consubstanciará fundamento bastante para a resolução do contrato se, no caso em concreto, «*torn[ar] inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento*»³³⁷.

A verificação deste pressuposto é dispensada em três casos, em relação aos quais o legislador presumiu a inexigibilidade – fala-se de «*inexigibilidade ex lege*»³³⁸ – retirando ao aplicador de Direito qualquer liberdade na apreciação da relevância do incumprimento. Trata-se do caso de «*mora igual ou superior a dois meses no pagamento da renda, encargos ou despesas que corram por conta do arrendatário*»³³⁹, de «*oposição pelo arrendatário à realização de obra ordenada por autoridade pública*» (n.º 3 do artigo 1083.º) e, finalmente, de «*o arrendatário se constituir em mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses, com referência a cada contrato*» (n.º 4 do artigo 1083.º)³⁴⁰. O efeito da presunção é o surgimento na esfera jurídica do senhorio de um direito a resolver o contrato. Nos demais casos, a constituição do direito de resolução depende do preenchimento daquele pressuposto; assim, por exemplo, quando a mora do arrendatário seja inferior a dois meses³⁴¹.

³³⁷ Neste sentido, GARCIA, Maria Olinda, *A Nova Disciplina do Arrendamento Urbano. NRAU anotado de acordo com a lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro*, Coimbra Editora, 2006, p. 23 e GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento Urbano. Novo Regime Anotado e Legislação Complementar*, 3.ª ed., Quid Juris, 2009, p. 368. Veja-se ainda o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa de 12.05.2001, proc. n.º 2741/08.5YXLSB.L1-6 (disponível em www.dgsi.pt).

³³⁸ Assim, o acórdão do tribunal da Relação do Porto de 10.11.2009, proc. n.º 456/08.3TBPFR.P1 (disponível em www.dgsi.pt) e MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta de Pagamento da Renda no Arrendamento Urbano*, Almedina, 2010, p. 119.

³³⁹ A Lei n.º 6/2006 impunha um período de mora mais longo, de três meses. Considerando o prazo de três meses previsto na Lei n.º 6/2006 excessivamente longo, salientando que colocava o senhorio numa posição pior em relação à que se encontrava anteriormente, veja-se MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 121.

³⁴⁰ Trata-se de um aditamento ao artigo 1083.º introduzido pela Lei n.º 31/2012.

³⁴¹ Veja-se, neste sentido, o acórdão do STJ de 17.02.2011: « (...) a resolução do arrendamento é ainda admissível por a falta de pagamento de uma ou mais rendas em que não se verifica o tempo de mora

A introdução de uma cláusula geral, bem como a eliminação da enumeração taxativa dos fundamentos de resolução pelo senhorio, que constava do RAU, aproximou o regime da cessação unilateral do contrato de arrendamento ao regime geral da resolução, ajustando-o, simultaneamente, à natureza duradoura da relação que lhe subjaz. Embora criticada por alguma doutrina³⁴², parece-nos positiva a opção por uma regra geral de definição do fundamento da resolução pelo senhorio. De facto, a flexibilização obtida torna possível estender a tutela da norma a um maior número de situações que dela careçam, encontrando-se garantida, por outro lado, através da imposição do requisito da *inexigibilidade*, a protecção do arrendatário.

Esta não foi todavia a única novidade introduzida pelo NRAU no regime da resolução do contrato de arrendamento pelo senhorio. Também a forma de exercício desta faculdade sofreu modificações, admitindo-se desde então a resolução *extrajudicial* do contrato de locação, em geral (artigo 1047.º do CC) e, em particular, do contrato de arrendamento urbano (n.º 2 do artigo 1084.º do CC)³⁴³.

Assumindo a questão da resolução sem fundamento especial relevância nos casos de exercício extrajudicial, prosseguiremos com a análise das situações em que é admitida.

previsto naquele n.º 3; forçoso é que resulte provada factualidade integradora do conceito indeterminado de inexigibilidade previsto no n.º 2 do mencionado preceito» (proc. n.º 522/08.57TVRT.SI, disponível em www.dgsi.pt). Face à introdução pela Lei n.º 31/2012 do n.º 4 do artigo 1083.º, haverá que ressaltar hoje os casos em que o arrendatário se constitua em mora, por um período inferior a dois meses, mas superior a oito dias por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses, caso em que a *inexigibilidade de manutenção do contrato para o senhorio* igualmente se presume.

³⁴² L. MENEZES LEITÃO critica a opção do legislador por entender que virá a aumentar a litigiosidade no âmbito da cessação do contrato de arrendamento, manifestando-se a favor de uma *previsão legal bastante mais rigorosa* quanto aos fundamentos da resolução pelo senhorio (*Arrendamento Urbano*, 4.ª ed., Almedina, 2010, p. 140).

³⁴³ O artigo 55.º do RAU impunha um exercício *judicial* deste direito, por meio da acção de despejo.

3. O carácter excepcional da resolução extrajudicial

3.1. Âmbito de aplicação

O contrato de arrendamento urbano pode ser resolvido pelo senhorio por meio de mera comunicação ao arrendatário em três casos: «*mora igual ou superior a dois meses no pagamento da renda, encargos ou despesas*»³⁴⁴, «*oposição pelo arrendatário à realização de obra ordenada por autoridade pública*» e «*mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses* » (artigos 1083.º, n.º 3 e 4 e 1084.º, n.º 2 do CC, respectivamente).

Considerando que a gravidade de uma situação de mora igual ou superior a dois meses ou de oito dias, repetida por quatro vezes, no período de 12 meses, no cumprimento da obrigação principal do arrendatário tornaria, com toda a probabilidade, inexigível a manutenção do contrato de arrendamento, entendeu o legislador ser dispensável a intervenção judicial para efeitos de resolução do contrato. Saliente-se apenas que no n.º 3 do artigo 1083.º a tónica se encontra na mora, pelo que a falta de pagamento de uma só renda, desde que a mora seja superior a dois meses, constitui fundamento para a resolução extrajudicial do contrato. Em caso de mora inferior a dois meses ou quando não se verificarem os pressupostos previstos no n.º 4 do artigo 1083.º – i.e, mora superior a 8 dias, por mais de quatro vezes (seguidas ou interpoladas) num período de 12 meses, deverá o senhorio recorrer à via judicial para resolver o contrato, através da acção de despejo (n.º 1 do artigo 1084.º e 14.º do NRAU)³⁴⁵.

³⁴⁴ Note-se que, por força da alínea a) do n.º 4 do artigo 108.º do CIRE, o senhorio «(...) não pode requerer a resolução do contrato após a declaração de insolvência do locatário (...)» com fundamento na «[f]alta de pagamento das rendas ou alugueres respeitantes ao período anterior à data da declaração de insolvência».

³⁴⁵ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 122.

O direito de resolução extrajudicial constitui-se assim na esfera do senhorio apenas passados estes dois meses ou 12 meses – em caso mora superior a 8 dias, por mais de quatro vezes; até lá não existe³⁴⁶.

3.2. Declaração resolutiva

A comunicação de resolução deverá obedecer às exigências formais constantes do n.º 7 do artigo 9.º do NRAU – notificação avulsa, contacto pessoal de advogado, solicitador ou agente de execução ou escrito assinado e remetido pelo senhorio por carta registada com aviso de recepção, nos contratos celebrados por escrito em que tenha sido convencionado o domicílio – que resultam de motivações de segurança e certeza jurídicas decorrentes da gravidade das consequências do acto, i.e., a cessação do contrato. Note-se ainda que esta comunicação deverá *fundamentadamente* invocar a obrigação incumprida (n.º 2 do artigo 1084.º).

3.3. O carácter excepcional

Esta *agilização* do processo resolutivo reflecte um objectivo de celeridade e de simplicidade explicitamente afirmado nas motivações da reforma do arrendamento urbano. Procurou-se, com esta solução, satisfazer o interesse do locador, tornando mais célere o processo de extinção do contrato, de um lado e, de outro, o interesse geral, retirando dos tribunais a apreciação de três fundamentos resolutivos caracterizados por uma especial objectividade – não se trata aqui de apreciar um conceito vago e indeterminado como o que consta da

³⁴⁶ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 127.

previsão do n.º 2 do artigo 1083.º do CC – e que, bem assim, não justificariam o recurso aos meios judiciais³⁴⁷.

O exercício extrajudicial desta faculdade mantém, não obstante, um carácter excepcional, já que a intervenção dos tribunais é dispensada *apenas* nos três casos acima referidos. As demais situações de incumprimento encontram-se sujeitas a uma resolução judicial; tal é o que resulta da remissão do n.º 1 do artigo 1084.º do CC para o n.º 2 do artigo 1083.º³⁴⁸.

A alteração introduzida pela lei 6/2006 – e mantida pela Lei n.º 31/2012 – não *restabeleceu* a regra segundo a qual a resolução do contrato *não* pressupõe uma intervenção judicial³⁴⁹. A regra continua a ser a resolução judicial do contrato de arrendamento pelo senhorio, por meio de uma *acção de despejo* (artigo 14.º, n.º 1 do NRAU), de natureza constitutiva.

3.4. A resolução extrajudicial: um direito do senhorio?

No âmbito da Lei n.º 6/2006, discutia-se se o exercício extrajudicial da resolução, nos dois casos previstos no n.º 3 do artigo 1083.º – mora superior a três meses no pagamento da renda ou oposição pelo arrendatário à realização de obra ordenada por autoridade pública, constituía uma alternativa ao exercício judicial ou se, pelo contrário, se tratava da única via admitida. A pertinência da discussão parece-nos manter-se, estendendo-a agora à resolução

³⁴⁷ Neste sentido, GARCIA, Maria Olinda, «Resolução do contrato de arrendamento por falta de pagamento de rendas – vias processuais», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24, Outubro/Dezembro de 2008, p. 72.

³⁴⁸ Determina o n.º 2 do artigo 1083.º do CC que «[é] fundamento de resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento, designadamente quanto à resolução pelo senhorio: a) [a] violação de regras de higiene, de sossego, de boa vizinhança ou de normas constantes do regulamento do condomínio; b) [a] utilização do prédio contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública; c) [o] uso do prédio para fim diverso daquele a que se destina, ainda que a alteração do uso não implique maior desgaste ou desvalorização para o prédio; d) [o] não uso do locado por mais de um ano, salvo nos casos previstos no n.º 2 do artigo 1072.º; e) [a] cessão, total ou parcial, temporária ou permanente e onerosa ou gratuita, do gozo do prédio, quando ilícita, inválida ou ineficaz perante o senhorio».

³⁴⁹ Em sentido contrário, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 341.

com o fundamento constante do novo n.º 4 do artigo 1083.º, introduzido pela Lei n.º 31/2012.

Embora a maioria da jurisprudência defenda a existência de um direito de o senhorio optar entre a via judicial e a via extrajudicial para o exercício da resolução³⁵⁰, alguma doutrina e jurisprudência entende existir uma imposição legal desta última nos casos acima referidos^{351/352}. O fundamento para tal limitação encontrar-se-ia em razões de interesse público relacionadas com um objectivo de descongestionamento dos tribunais. Por outro lado, a ausência de *verdadeiro litígio* nestas acções, fundadas em incumprimento da obrigação de pagamento da renda, justificaria ainda a sua exclusão das vias judiciais³⁵³.

Muito embora não consideremos a lei particularmente clara a este propósito, sempre se dirá que, nalguns casos, a não admissão do recurso à via judicial pelo senhorio para efeitos de resolução do contrato de arrendamento pode traduzir-se na impossibilidade de accionar a execução para entrega do bem locado. Tal será o caso em que não existe um contrato de arrendamento sob forma escrita. Nesta situação, o senhorio ver-se-ia desprovido de título para accionar o procedimento especial de despejo, criado pela Lei n.º 31/2012 e

³⁵⁰ Veja-se, neste sentido, o acórdão do STJ de 06.05.2010 que desenvolve de forma particularmente clara a fundamentação da posição defendida (proc. n.º 438/08.5YXLSB.LS.S1), bem como o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa de 27.01.2001, proc. n.º 528/10.4TBBRR.L-8 (ambos disponíveis em www.dgsi.pt). Veja-se ainda, neste sentido, GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...cit.*, p. 49.

³⁵¹ Assim, GARCIA, Maria Olinda, «Resolução...cit.», p. 72 e ss. Apenas quando houvesse impossibilidade de o senhorio exercer o direito de resolução extrajudicialmente, por impossibilidade de notificar pessoalmente o arrendatário, poderia, segundo a Autora, recorrer à via judicial. Já no quadro das alterações operadas pela Lei n.º 31/2012, L. MENEZES LEITÃO defende uma posição próxima de MARIA OLINDA GARCIA, entendendo que «(...) a acção de despejo só deverá ser utilizada quando não estejam preenchidos os requisitos para aceder a esse procedimento (cfr. arts. 15.º, n.ºs 2, 3, e 4, NRAU) [procedimento especial de despejo]» (*Arrendamento Urbano*, 5.ª ed., Almedina, 2012, p. 212, nota de rodapé n.º 190).

³⁵² Veja-se ainda, neste sentido, o acórdão de 31.03.2011 do tribunal da Relação de Lisboa, em que o tribunal afirma: «(...) a norma do art.º 1084.º do CC (...) não deixa espaço de sobra para que nos casos em que o fundamento da resolução é apenas o não pagamento de rendas, o senhorio possa recorrer à via judicial para obter o despejo do local arrendado» (proc. n.º 634/08.5TBMTA-A.L1-6, disponível em www.dgsi.pt).

³⁵³ Neste sentido, o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 31.03.2011, proc. n.º 634/08.5TBMTA-A.L1-6 (disponível em www.dgsi.pt).

regulado nos artigos 15.º e ss. do NRAU, já que a não apresentação do contrato de arrendamento constitui fundamento de recusa do requerimento de despejo pelo Balcão Nacional de Arrendamento (artigos 15.º, n.º 2, 15.º-B, n.º 2, alínea e) e 15.º-C, n.º 1, alínea b), *in fine*)³⁵⁴. Para alguns Autores a questão resolver-se-ia através da obtenção, numa primeira fase, pelo senhorio, de uma sentença declarativa que reconhecesse a existência do contrato. Apenas num segundo tempo poderia o senhorio, munido da sentença, bem como da notificação da resolução, requerer a entrega do local arrendado³⁵⁵.

A morosidade de tal «*solução*» – que porventura lhe retira qualquer utilidade prática –, bem como o facto de redundar no mesmo congestionamento dos tribunais que se pretenderia combater, leva-nos a rejeitá-la e a pender no sentido da admissibilidade do recurso à via judicial *em todos os casos*, sob pena de se restringir, *de facto*, o direito de acesso aos tribunais.

Por outro lado, como salienta o STJ no referido acórdão de 06.05.2011³⁵⁶, a convicção de que o exercício extrajudicial da resolução *descongestiona* os tribunais encontra-se ainda por provar, sendo aliás tal resultado pouco evidente, em particular, se se tiver em atenção as dificuldades suscitadas no âmbito da notificação do arrendatário³⁵⁷.

Entendemos assim, em síntese, que o senhorio poderá lançar mão da acção de despejo para resolver o contrato, sempre que se verifique o incumprimento da obrigação de pagamento da renda, independentemente do tempo de mora³⁵⁸.

³⁵⁴ Também não poderia recorrer à acção executiva para entrega de imóvel arrendado, já que constituem título executivo desta a sentença proferida na acção de despejo ou sentenças em que se discuta a validade ou subsistência do contrato de arrendamento. Assim, L. MENEZES LEITÃO *Arrendamento...cit.*, p. 214.

³⁵⁵ Neste sentido, GARCIA, Maria Olinda, *A Acção...cit.*, p. 51.

³⁵⁶ Proc. n.º 438/08.5YXLSB.LS.S1.

³⁵⁷ Veja-se, para mais argumentos no sentido de o exercício extrajudicial do direito de resolução consubstanciar uma *faculdade* do senhorio, o *supra* referido acórdão do STJ de 06.05.2010.

³⁵⁸ Veja-se, por todos, neste sentido, GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...cit.*, p. 376 e s. e MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 163 e ss.

4. A entrega do local arrendado

A cessação do contrato torna exigível, nos termos do artigo 1081.º n.º 1 do CC, a desocupação do local arrendado. Caso o arrendatário não cumpra voluntariamente a obrigação de entrega do local arrendado, pode o devedor recorrer ao procedimento especial de despejo ou à acção de execução para entrega de coisa imóvel arrendada.

Ao contrário do que sucedia na vigência do RAU³⁵⁹, a acção de despejo, prevista no artigo 14.º do NRAU, assume, desde a Lei n.º 6/2006, natureza *exclusivamente* declarativa³⁶⁰, tendo esta criado um novo meio processual destinado a assegurar a entrega da coisa arrendada, regulado nos artigos 930.º-A a 930.º-E do Código de Processo Civil, a acção de execução para a entrega de coisa imóvel arrendada³⁶¹.

A Lei n.º 6/2006 não era clara quanto ao momento a partir do qual o senhorio podia instaurar a acção de execução para a entrega de coisa imóvel arrendada, inexistindo também unidade na doutrina e jurisprudência quanto a esta matéria.

Assim, para alguns, a acção apenas poderia ser interposta passados três meses da declaração de resolução³⁶². Tal resultaria dos pressupostos definidos

³⁵⁹ Referindo a natureza mista da acção de despejo na vigência do RAU – declarativa e, posteriormente, se necessário, executiva – FREITAS, José Lebre de, *A Acção Executiva. Depois da reforma da reforma*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2009, p. 399. Veja-se ainda, do mesmo Autor, quanto à acção de despejo na vigência da Lei n.º 6/2006, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2009, p. 696 a 706.

³⁶⁰ Como referem LAURINDA GEMAS, ALBERTINA PEDROSO e JOÃO CALDEIRA JORGE a denominação legal «acção de despejo» manteve-se por tradição, muito embora o *despejo* propriamente dito, no âmbito ainda da Lei n.º 6/2006, se realize por meio da acção de execução para entrega do imóvel (*Arrendamento...cit.*, p. 48) e, agora, na vigência da Lei n.º 31/2012, acrescente-se, por meio do procedimento especial de despejo.

³⁶¹ Trata-se de uma modalidade da execução para entrega de coisa certa. Veja-se quanto à acção de execução para a entrega de coisa certa e, em especial, a entrega de coisa arrendada, FERREIRA, Fernando Amâncio, *Curso de Processo de Execução*, 12.ª ed., Almedina, 2010, p. 425 e ss.

³⁶² Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 138 e s. e 146 e ss. e GEMAS, Laurinda, «O Novo Quadro Legal da Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano», *Revista do CEJ*, n.º 5, 2006, p. 88.

na lei para o accionamento da acção de execução: por um lado, a *não desocupação do local arrendado na data devida* (n.º 1 do artigo 15.º do NRAU) e, por outro, a extinção da relação. Este entendimento encontrava-se ainda assente em dois pressupostos, i.e., de que a resolução apenas produzia o seu efeito extintivo decorridos três meses sobre a respectiva declaração – por ser este o prazo concedido ao arrendatário para pôr fim à mora e, desta forma, fazer cessar os efeitos da resolução (artigo 1084.º, n.º 3, na versão da Lei n.º 6/2006) – e de que o prazo do artigo 1087.º – prazo de três meses para desocupação do local arrendado estabelecido pela Lei n.º 6/2006 – corria em simultâneo com o do artigo 1084.º, n.º 3³⁶³.

Outros entendiam que o senhorio podia, emitida a declaração, interpor de imediato uma acção de execução para entrega do local arrendado, não tendo que aguardar os três meses do artigo 1084.º, n.º 3 – sem prejuízo da efectiva desocupação só ser exigível findos os três meses contados a partir da data da declaração de resolução³⁶⁴.

Note-se ainda que, nos casos em que o contrato de arrendamento tivesse sido resolvido judicialmente, a acção de execução para entrega do bem apenas poderia ser proposta depois de a sentença emitida no termo da acção de despejo ter transitado em julgado. De facto, por força do n.º 5 do artigo 678.º do CPC, que determina que «[i]ndependentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admissível recurso para a Relação nas acções em que se aprecie a validade a subsistência ou a cessação de contratos de arrendamento (...)», aquela sentença pode ser sempre objecto de recurso, tendo este, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 692.º do CPC, efeito suspensivo.

A Lei n.º 31/2012, muito embora mantendo a acção de execução para entrega da coisa arrendada (artigos 930º-A a 930º-E do CPC), ainda que com

³⁶³ MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 131 e s.

³⁶⁴ Veja-se, neste sentido, o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 02.11.2010, proc. n.º 23239/08.6YYLSB-A.L1-7 (disponível em www.dgsi.pt) e FURTADO, Jorge Pinto, *Manual do Arrendamento Urbano*, vol. II, 5.ª ed., Almedina, p. 1058 e s.

algumas alterações, criou um novo procedimento de despejo do local arrendado, destinado a permitir «*a célere recolocação daquele no mercado de arrendamento*» (alínea c) do artigo 1.º). A tramitação deste procedimento decorrerá, numa primeira fase, por via extrajudicial, junto de um Balcão Nacional de Arrendamento, cuja criação se encontra igualmente prevista (artigo 15.º-A do NRAU). O procedimento inicia-se mediante a apresentação de um requerimento pelo senhorio, nos termos constantes dos artigos 15.º e ss., sendo o arrendatário notificado do mesmo, pelo Balcão, para desocupar o locado e pagar a quantia pedida pelo requerente ou deduzir oposição à pretensão e/ou requerer o diferimento da desocupação do locado (n.º 1 do artigo 15.º-D). Caso o arrendatário deduza oposição ao requerimento de despejo apresentado pelo senhorio, transita o processo para a via judicial (artigos 15.º-H e ss.)³⁶⁵.

A questão suscitada no âmbito da Lei n.º 6/2006, quanto ao momento em que pode ser dado início ao processo *executivo* de desocupação do locado, parece manter-se depois da revisão operada pela Lei n.º 31/2012, com a diferença apenas de que se trata agora de ter em conta não um prazo de três meses, mas sim de 1 mês, em razão das alterações introduzidas nos artigos 1084.º, n.º 3 e 1087.º. Nos termos do n.º 3 do artigo 1084.º, a resolução operada por comunicação do senhorio, quando fundada no não pagamento de renda (encargos ou despesas), fica sem efeito se o arrendatário puser fim à mora no prazo de *um mês*³⁶⁶ e, por outro, nos termos do artigo 1087.º, a desocupação do local arrendado é exigível após o decurso de *um mês* a contar da resolução. Finalmente, mantem-se como pressuposto para accionamento do procedimento

³⁶⁵ A utilidade deste novo procedimento, em especial se tivermos em atenção o fim visado pelo mesmo e manifestado na alínea c) do artigo 1.º da Lei n.º 31/2012 - «*a célere recolocação daquele [local arrendado] no mercado de arrendamento*», não nos surge como óbvia, em especial se atendermos a que a oposição do arrendatário tem como efeito a transição do processo para a via judicial. Não se estará aqui apenas a criar um entrave ao inevitável recurso aos tribunais para obter a entrega do local arrendado?

³⁶⁶ Refira-se apenas a este propósito o novo n.º 4 do artigo 1084.º, nos termos do qual o arrendatário apenas «*pode fazer uso da faculdade referida no número anterior [pôr fim à mora e, bem assim, fazer cessar os efeitos da resolução] uma única vez, com referência a cada contrato*».

especial de despejo, nos termos do disposto no artigo 15.º do NRAU, a não desocupação do locado na data prevista na lei ou fixada por convenção das partes.

5. Momento de produção de efeitos da resolução

O novo regime do arrendamento urbano, resultante da Lei n.º 6/2006 e, posteriormente, da Lei n.º 31/2012, tem suscitado alguma controvérsia quanto ao momento a partir do qual a resolução produz os seus efeitos, extinguindo o contrato. Parte desta surge a propósito dos dois casos em que, no regime do arrendamento urbano para habitação, a lei prevê a *perda de eficácia* da resolução.

5.1. Perda de eficácia e caducidade do direito de resolução³⁶⁷

Nos termos dos n.º 3 e 5 do artigo 1084.º do CC, a resolução *declarada* pelo senhorio fica *sem efeito* se, no prazo de *um mês* a contar da declaração de resolução, o arrendatário puser fim à mora – quando a resolução se funde na falta de pagamento da renda – ou à oposição – em caso de resolução fundada na oposição pelo arrendatário à realização de obra ordenada por autoridade pública³⁶⁸.

Nos termos do n.º 1 do artigo 1048.º do CC, por sua vez, o direito de resolução, quando exercido *judicialmente*, *caduca* se o arrendatário puser fim à mora pagando, depositando ou consignando em depósito as quantias em

³⁶⁷ Não abordaremos aqui a questão da caducidade do direito de resolução por não exercício atempado do direito, regulada no artigo 1085.º do CC. Veja-se, sobre o tema, MAGALHÃES, David, *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, 2009, p. 111 e ss.

³⁶⁸ Considerando *pouco compreensível* a atribuição deste novo prazo ao arrendatário, embora referindo-se aos três meses previstos na Lei n.º 6/2006, MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 130.

dívida^{369/370}, acrescidas da indemnização, no montante correspondente a 50% do valor em dívida – indemnização moratória³⁷¹, até ao termo do prazo para a contestação da acção declarativa.

No âmbito da Lei n.º 6/2006, previa o n.º 1 do artigo 1048.º que o pagamento, depósito ou consignação em depósito das quantias em dívida se podia realizar até ao termo do prazo para a contestação da acção declarativa *ou para a oposição à execução*. Muito embora parte significativa da doutrina, considerando que tal constituiria um benefício excessivo para o arrendatário, defendesse uma interpretação restritiva do artigo 1048.º, no sentido da impossibilidade de purgar a mora em sede de execução quando a resolução tivesse sido exercida extrajudicialmente^{372/373}, parecia a lei admitir, de facto, que o arrendatário que não tivesse posto fim à mora nos três meses que se seguiram à declaração de resolução (artigo 1084.º, n.º 3), o fizesse no prazo para apresentação da oposição à execução (n.º 1 do artigo 1048.º do CC)³⁷⁴.

As alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2012 quanto a esta matéria, designadamente, a restrição do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 1048.º ao exercício *judicial* do direito de resolução, bem como a eliminação da referência

³⁶⁹ Trata-se aqui de rendas ou de encargos e despesas que corram por conta do locatário e que se encontrem em dívida (n.º 1 e 3 do artigo 1048.º do CC).

³⁷⁰ O depósito de montante inferior ao devido não faz cessar a eficácia do direito de resolução. Neste sentido, referindo-se a um caso de depósito de rendas em valor inferior ao devido, veja-se o acórdão do STJ de 03.07.2008, proc. n.º 07B1648 (disponível em www.dgsi.pt).

³⁷¹ Para mais desenvolvimentos sobre os montantes devidos, veja-se MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 181 e ss.

³⁷² Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 148 e ss. Propondo uma *correção teleologicamente fundada* do n.º 1 do artigo 1048.º, OLIVEIRA, Nuno Pinto, «Resolução do Contrato de Arrendamento», *Scientia Jurídica*, n.º 308, 2006, p. 658.

³⁷³ Na mesma linha, entende esta doutrina que, em caso de resolução exercida judicialmente, se o arrendatário não tiver purgado a mora na fase declarativa não o poderá fazer na fase executiva, sob pena de abuso de direito. Assim, MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 188 e s. Também LAURINDA GEMAS entende que, em caso de resolução judicial, o arrendatário não terá oportunidade de purgar a mora tanto na acção de despejo, como na execução. Apenas o poderá fazer até ao termo do prazo para contestação da acção de despejo («O Novo...cit.», p. 90).

³⁷⁴ Neste sentido, o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 31.03.2011, proc. n.º 634/08.5TBMTA-A.L1-6 (disponível em www.dgsi.pt). Ainda, no mesmo sentido, GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...cit.*, p. 232 e LEITÃO, Luís Menezes, *Arrendamento...cit.*, p. 145 e s.

ao prazo para apresentação da oposição à execução e, finalmente, a introdução de um n.º 4 que remete, quanto ao exercício extrajudicial do direito de resolução com fundamento na falta de pagamento de renda ou aluguer, para os n.ºs 3 e 4 do artigo 1084.º, parece esclarecer esta questão.

Quando exercida extrajudicialmente a resolução não caduca, perde eficácia, se o arrendatário puser fim à mora no prazo de um mês a contar da data da resolução, faculdade a que apenas pode recorrer uma única vez. Não prevendo os artigos 15.º e ss. que regulam o procedimento especial de despejo o pagamento das rendas em mora como forma de fazer cessar os efeitos da resolução, não parece pois admitir-se que o arrendatário, depois de iniciado o procedimento de despejo, faça cessar ou impeça a produção de efeitos daquela.

No que respeita à designação escolhida pelo legislador no artigo 1048.º, n.º 1 – *caducidade* – entendia a maioria da doutrina tratar-se uma escolha desadequada, pouco rigorosa de um ponto de vista conceptual e terminológico³⁷⁵. Concordávamos com esta posição, em especial, em resultado do artigo 1048.º, n.º 1 prever a caducidade do direito de resolução por efeito do pagamento das quantias em dívida *até ao termo do prazo para oposição à execução*. Se, no caso de exercício judicial do direito, se pode conceber que, ao proceder ao pagamento até ao termo do prazo para contestação da acção declarativa, o arrendatário faz caducar o direito de resolução que ainda não produziu os seus efeitos – na medida em que a resolução ainda não foi decretada judicialmente, o mesmo raciocínio não era admissível nos casos em que o pagamento ocorresse no prazo para a oposição à execução, caso em que o direito de resolução já produzira os seus efeitos, já se esgotara e o contrato se extinguiu³⁷⁶.

³⁷⁵ O assunto encontra-se extensamente tratado pela doutrina, pelo que, para mais desenvolvimentos, remetemos para as críticas de P. ROMANO MARTÍNEZ, «Celebração e Execução do contrato de arrendamento segundo o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU)», *O Direito*, ano 137, II, 2005, p. 340; OLIVEIRA, Nuno Pinto, «Resolução...*cit.*», p. 657; e GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...*cit.**, p. 233.

³⁷⁶ Neste sentido, GARCIA, Maria Olinda, *A Nova...*cit.**, p. 11.

A Lei n.º 31/2012, ao cingir o âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 1048.º e, bem assim, do fenómeno de caducidade do direito de resolução, aos casos de exercício judicial deste, remetendo para o artigo 1084.º, que se refere à perda de eficácia do direito de resolução, os casos de exercício extrajudicial deste direito, parece ter resolvido de alguma forma esta questão terminológica.

Em ambos os casos – n.º 1 do artigo 1048.º e n.º 3 e 5 do artigo 1084.º, trata-se de situações de perda de eficácia ou de ineficácia da resolução³⁷⁷ cuja causa é a satisfação do direito ao cumprimento do senhorio^{378/379}. Com efeito, ao pagar, depositar ou consignar em depósito as rendas em falta, o arrendatário cumpre a respectiva prestação, satisfazendo o direito de crédito do senhorio e, bem assim, eliminando o fundamento do direito de resolução.

5.2. A obrigação de desocupação do local arrendado

Relevante ainda para efeitos de esclarecimento da questão em análise é o artigo 1087.º do CC, nos termos do qual a desocupação do local arrendado só é exigível «*após o decurso de um mês a contar da resolução*»³⁸⁰.

A lei não é clara quanto ao momento a partir do qual se deve iniciar a contagem do prazo de um mês do artigo 1087.º, tornando possíveis diferentes interpretações, com consequências significativas do ponto de vista do momento em que o senhorio pode accionar o procedimento com vista a obter a desocupação do local arrendado.

³⁷⁷ Veja-se o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 31.03.2011, proc. n.º 634/08.5TBMTA-A.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

³⁷⁸ Veja-se, neste sentido, o acórdão do tribunal da Relação do Porto de 10.11.2009, proc. n.º 456/08.3TBPFR.P1 (disponível em www.dgsi.pt).

³⁷⁹ Trata-se igualmente de um caso em que se sobrepõe claramente ao interesse do credor no cumprimento a protecção do direito à habitação e do interesse do arrendatário, já que, de facto, o credor é obrigado a aceitar o cumprimento, independentemente de ter perdido interesse no mesmo. Pode-se aqui, claramente, falar de um direito a cumprir do arrendatário. Para mais desenvolvimentos sobre a problemática do direito a cumprir, veja-se *infra*, capítulo V, §2.2.

³⁸⁰ Note-se que o arrendatário pode renunciar a este prazo, desocupando antes o espaço arrendado (artigos 1087.º e 779.º do CC).

De facto, se entendermos que a resolução se produz apenas decorridos um mês sobre sua declaração, poder-se-á invocar que o prazo do 1087.º se deve iniciar nesse momento apenas. Se assim fosse, o arrendatário disporia – no mínimo – de um prazo de 4 meses³⁸¹, desde a constituição em mora, para desocupar o local. Se se entender que o senhorio pode requerer a entrega do imóvel a partir dos dois meses de mora – muito embora a ordem de desocupação do local apenas produza os seus efeitos decorrido o prazo de um mês³⁸², a via executiva é posta à disposição do senhorio em momento anterior. Este não é todavia o entendimento da maioria da doutrina que, no quadro da acção de execução para entrega de coisa imóvel arrendada – da Lei n.º 6/2006, entendia não poder esta ser instaurada antes do termo daquele prazo. O fundamento desta leitura residia na letra do artigo 1087.º, nos termos do qual a desocupação do locado é exigível no final do 3.º mês seguinte à resolução. A inexigibilidade da obrigação exequenda impediria o recurso ao procedimento de despejo³⁸³.

Considerando que o efeito extintivo da declaração resolutiva apenas se produz decorrido um mês da sua emissão, por força do disposto no n.º 3 do artigo 1084.º³⁸⁴, o prazo do artigo 1087.º dever-se-ia contar a partir desse momento. Atendendo todavia, como salienta DAVID MAGALHÃES, que «(...) é o arrendatário que decide não impedir a resolução, sabendo as consequências disso (...)»,

³⁸¹ Referimo-nos aqui apenas ao caso de mora no pagamento de rendas igual ou superior a 2 meses e não, bem entendido, ao caso de mora superior a oito dias, por mais de quatro vezes, no prazo de doze meses, caso em que o prazo para desocupação do local arrendado é substancialmente superior a 4 meses a contar da data de início da mora.

³⁸² Na mesma linha, mas no quadro da Lei n.º 6/2006, entendendo que o senhorio podia requerer a execução para entrega do imóvel a partir dos três meses de mora, ainda que a ordem de desocupação do local apenas produzisse efeitos decorrido o prazo de três meses sobre a declaração de resolução, veja-se o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 02.11.2010, proc. n.º 23239/08.6YYLSB-A.L1-7 (disponível em www.dgsi.pt) e FURTADO, Jorge Pinto, *Manual...cit.*, p. 1058 e 1159.

³⁸³ GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira *Arrendamento...cit.*, p. 414.

³⁸⁴ Veja-se *infra* 6., quanto a este ponto.

solução diversa, em que os dois prazos corressem simultaneamente seria porventura mais adequada³⁸⁵.

6. Momento de produção de efeitos (cont.).

Estado da arte e posição adoptada³⁸⁶

A falta de clareza dos regimes de ineficácia da resolução, bem como de desocupação do local arrendado, tornam particularmente pertinente o esclarecimento do momento em que se produzem os efeitos resolutivos.

A lei concede ao arrendatário, nos artigos 1048.º e 1084.º, a faculdade de cumprir o contrato *depois* de exercido ou *durante* o exercício do direito de resolução – seja judicialmente, seja por mera declaração. Se tal cumprimento ocorrer, o contrato mantém-se. Coloca-se então a questão de saber se o contrato nunca se chegou a extinguir, caso em que o cumprimento do arrendatário obsta à produção de efeitos da resolução, ou se, pelo contrário, o contrato cessou, mas por efeito do cumprimento do arrendatário, renasce, sendo *apagados* os efeitos da resolução.

Na resposta a esta questão, dever-se-á ter presente a diferença de *terminologia* entre o 1048.º e o 1084.º – no primeiro caso o direito *caduca*, no segundo fica *sem efeito* – que poderá indiciar que nos encontramos perante realidades diversas.

GRAVATO MORAIS e DAVID MAGALHÃES, que restringiam a faculdade de o arrendatário purgar a mora em caso de resolução extrajudicial aos três meses seguintes à declaração, concebiam o direito de resolução extrajudicial do senhorio como um direito sob condição. A produção de efeitos da resolução

³⁸⁵ *A Resolução...cit.*, p. 130. Defendendo que os dois prazos devem ser contados em simultâneo, no quadro da Lei n.º 6/2006, GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...cit.*, p. 414 e 422 e MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 132.

³⁸⁶ O estado da arte que aqui apresentamos refere-se, como já o afirmámos anteriormente, ao regime do arrendamento urbano em vigor antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2012.

encontrar-se-ia assim condicionada, *ex lege*, ao não cumprimento pelo arrendatário das obrigações em falta, nos três meses seguintes à declaração. A comunicação de resolução só extinguiria assim o contrato passados três meses da sua emissão³⁸⁷. No regime aprovado pela Lei n.º 31/2012, tal posição traduzir-se-ia numa concepção do direito de resolução extrajudicial do senhorio sujeito à condição de não cumprimento pelo arrendatário das obrigações em falta no mês seguinte à declaração.

MARIA OLINDA GARCIA entendia que, no caso de cumprimento dentro do prazo para apresentação da oposição à execução (artigo 1048.º, n.º 3), a resolução já produzira o efeito extintivo do contrato, pelo que o pagamento faria renascer, *ope legis*, o contrato³⁸⁸. No regime em vigor, tal como alterado pela Lei n.º 31/2012, a questão não se coloca, já que não se prevê a possibilidade de pagamento das quantias devidas em sede de processo tendo em vista a desocupação do local arrendado, como forma de fazer cessar os efeitos do direito de resolução do contrato³⁸⁹. No que concerne aos casos de cumprimento nos três meses posteriores à declaração de resolução (artigo 1084.º), entendia a Autora que o efeito resolutivo nunca se produziu³⁹⁰. LAURINDA GEMAS, ALBERTINA PEDROSO e JOÃO CALDEIRA JORGE explicavam o artigo 1048.º com recurso a uma ideia de que o «(...) o direito à resolução ainda está a ser exercido na

³⁸⁷ MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 134 e MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 129 e s. e 213.

³⁸⁸ GARCIA, Maria Olinda, *A Nova...cit.*, p. 11. Note-se que, em caso de cumprimento dentro do prazo para contestar a acção de despejo, o contrato ainda se encontrava em vigor, pelo que, segundo a Autora, se trata de um caso de caducidade do direito de resolução.

³⁸⁹ No que ao n.º 1 do artigo 1048.º, na redacção da Lei n.º 6/2006, diz respeito, seguíamos, em parte, a posição de MARIA OLINDA GARCIA. Parecia-nos, de facto, que, constituindo a resolução do contrato pressuposto da acção de execução, o contrato já se encontraria extinto no momento em que estivesse a correr o prazo para apresentação da oposição à execução. O pagamento pelo arrendatário extinguiria os efeitos da resolução, fazendo renascer o contrato. Tal constatação levava-nos a concluir que o artigo 1048.º, n.º 1 sujeitava o direito de resolução do senhorio a uma *condição resolutiva*: o pagamento pelo arrendatário no prazo para apresentação da oposição à execução.

³⁹⁰ GARCIA, Maria Olinda, *A Nova...cit.*, p. 24

execução (...)», pelo que o cumprimento tornaria *ineficaz* a resolução em curso³⁹¹. No âmbito do artigo 1084.º o cumprimento retiraria eficácia à resolução³⁹².

No que concerne à jurisprudência, parte entendia que o n.º 3 do artigo 1084.º continha uma *condição de ineficácia da resolução*³⁹³. No que ao n.º 1 do artigo 1048.º concerne, a Relação de Lisboa já se pronunciou no sentido de o pagamento realizado pelo arrendatário no prazo para apresentação da oposição à execução ter como efeito a ineficácia da resolução e o conseqüente renascimento do contrato, *ope legis*³⁹⁴.

No que diz respeito ao n.º 3 do artigo 1084.º, na versão aprovada pela Lei n.º 31/2012, parece-nos de aceitar o entendimento da maioria da doutrina e da jurisprudência. A produção do efeito resolutivo da declaração emitida pelo senhorio encontra-se condicionada à não eliminação pelo arrendatário do respectivo fundamento. O efeito extintivo dá-se um mês depois da emissão da declaração. No caso do artigo 1048.º, n.º 1, a resolução do contrato ainda não se produziu, pelo que a questão do momento da produção dos seus efeitos não se coloca.

Note-se que, como já tivemos oportunidade de referir, não existia unanimidade na doutrina quanto à extensão deste *prazo* durante o qual os efeitos da resolução se encontram condicionados, sendo todavia para a maioria de três meses, contados a partir da data da declaração³⁹⁵.

³⁹¹ GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...*, cit., p. 233.

³⁹² GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...*, cit., p. 414.

³⁹³ Veja-se o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 31.03.2011, proc. n.º 634/08.5TBMATA-A.L1-6 (disponível em www.dgsi.pt).

³⁹⁴ Veja-se o acórdão do tribunal da Relação de Lisboa, de 17.12.2008, proc. n.º 6225/2008-6 (disponível em www.dgsi.pt).

³⁹⁵ Neste sentido, GARCIA, Maria Olinda, *A Acção...cit.*, p. 27 e s.; MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 130; e MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta...cit.*, p. 147.

7. A denúncia justificada

Esclarecido o momento em que a resolução, quando emitida em conformidade com os respectivos pressupostos, destrói o contrato, interessa-nos agora determinar se a nova lei do arrendamento urbano contém alguma regra que defina os efeitos da resolução quando emitida sem fundamento.

Muito embora a lei não regule de forma expressa a questão, pode ajudar-nos no esclarecimento desta matéria uma norma constante de um regime próximo, o da denúncia justificada do contrato de arrendamento urbano para habitação emitida pelo senhorio³⁹⁶.

O n.º 6 do artigo 1103.º do CC, na redacção anterior à Lei n.º 6/2006, determinava quais os efeitos da denúncia justificada quando se revelasse infundada: «[s]alvo caso de força maior, o não cumprimento do disposto no n.º 2, bem como o não início da obra no prazo de seis meses, torna o senhorio responsável por todas as despesas e demais danos, patrimoniais e não patrimoniais, ocasionados ao arrendatário, não podendo o valor da indemnização ser inferior ao de dois anos de renda, e confere ao arrendatário o direito à reocupação do locado».

A não verificação do motivo invocado para fundamentar o direito a denunciar o contrato de arrendamento pelo senhorio nos termos do artigo 1101.º tinha assim duas consequências: a responsabilidade civil do senhorio e o direito do arrendatário à reocupação do local arrendado.

Parte da doutrina entendia, por razões de unidade sistemática e coerência, dever aplicar-se o mesmo regime ao caso de resolução infundada do contrato de arrendamento, i.e., a manutenção do contrato cumulada com a responsabilidade civil do senhorio³⁹⁷. Quanto à questão de saber se o contrato

³⁹⁶ A qualificação desta faculdade como denúncia levanta-nos, como já tivemos oportunidade de referir, sérias dúvidas (veja-se a nota de rodapé n.º 24, *supra*, capítulo I, §2.1, 1.2).

³⁹⁷ Assim, GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...cit.*, p. 415.

que surgia, em consequência da invalidade, era um novo contrato ou se se tratava do mesmo que, afinal, não tinha cessado, entendíamos tratar-se da última hipótese³⁹⁸. O contrato na realidade nunca se extinguiu, em resultado da ausência de fundamento.

Sucedem que na nova redacção do artigo 1103.º, introduzida pela Lei n.º 31/2012, o n.º 9 determina apenas que, «[s]alvo motivo não imputável ao senhorio, o não cumprimento do disposto no n.º 5, bem como o não início da obra no prazo de seis meses contados da desocupação do locado, obriga o senhorio ao pagamento de uma indemnização correspondente a 10 anos de renda». Eliminou-se portanto o direito do arrendatário a reocupar o locado. O contrato parece pois ter cessado, ainda que por efeito de uma denúncia ilícita, mas desta feita, por força do n.º 9 do artigo 1101.º, válida.

8. Considerações finais

O regime jurídico da cessação do contrato de arrendamento urbano para habitação e, dentro deste, a opção pela introdução de um direito de exercício extrajudicial do direito de resolução pelo senhorio, surgem, de forma clara, como o produto de um compromisso entre os diferentes interesses presentes, entre os quais, o interesse do senhorio em resolver o contrato com maior celeridade, o interesse de protecção do arrendatário e do direito à habitação, o interesse de descongestionamento dos tribunais e o interesse em aumentar a oferta de imóveis para arrendamento no mercado.

Como pudemos observar, a faculdade de exercício extrajudicial do direito de resolução tem, na realidade, um alcance reduzido. De facto, é apenas aplicável aos casos de «*mora igual ou superior a dois meses no pagamento da renda,*

³⁹⁸ Pronunciando-se no sentido de se tratar do mesmo contrato, a propósito da não verificação do fundamento da denúncia justificada, veja-se GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e JORGE, João Caldeira, *Arrendamento...cit.*, p. 479. A concepção proposta, quanto ao 1103.º, era de que a denúncia justificada se encontrava sujeita a uma condição resolutiva de verificação dos eventos que lhe serviram de fundamento.

encargos ou despesas», «oposição pelo arrendatário à realização de obra ordenada por autoridade pública» e, ainda, de «mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses». Trata-se, ademais, de situações em que o risco de resolução infundada é baixo por o respectivo fundamento ser de apreciação objectiva.

Por outro lado, a lei revela-se particularmente benevolente em relação ao arrendatário incumpridor, permitindo-lhe, no fundo, estar em mora – de acordo com as interpretações mais restritivas da lei – por um período de três meses³⁹⁹.

Finalmente, as vantagens proporcionadas pelo recurso à acção de despejo por contraposição com a via extrajudicial poderão levar o senhorio a optar por aquela em detrimento desta. O elevado número de sentenças em que, no âmbito da Lei n.º 6/2006, se apreciou da existência de uma faculdade de o senhorio optar entre a via judicial e extrajudicial, para efeitos de resolução com fundamento em mora superior a três meses, parece disso ser um indício. Com efeito, a resolução judicial elimina, desde logo, o compasso de espera de dois meses imposto pelo artigo 1083.º, n.º 3 do CC. No âmbito da Lei n.º 6/2006 o recurso à via judicial permitia ainda evitar novos compassos de espera resultantes das duas oportunidades que eram conferidas ao arrendatário de purgar a mora através do depósito das rendas, numa primeira fase na sequência da comunicação de resolução (artigo 1084.º, n.º 3) e numa segunda no âmbito da execução para entrega do local arrendado (artigo 1048.º, n.º 1)⁴⁰⁰. Evitava-se ainda a suspensão da execução, no caso de haver oposição. Finalmente, havia ainda a hipótese de, no curso da acção de despejo, requerer o despejo imediato

³⁹⁹ No âmbito da Lei n.º 6/2006 este período de mora do arrendatário no cumprimento daquela que é a obrigação principal que do contrato de arrendamento decorre era de seis meses, tendo tal opção sido duramente criticada pela doutrina. Veja-se, por todos, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da cessação...cit.*, p. 345 e s.

⁴⁰⁰ Neste sentido, veja-se o acórdão do STJ de 06.05.2010, proc. n.º 438/08.5YXLSB.LS.S1 (disponível em www.dgsi.pt).

do arrendatário por falta de pagamento de rendas vencidas na pendência da acção, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º do NRAU⁴⁰¹.

No quadro das alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2012 tais vantagens do recurso à via judicial foram parcialmente eliminadas, na medida em que não se permite já o pagamento dos montantes em dívida no fase de despejo do local arrendado como meio de fazer cessar os efeitos da resolução.

Sem prejuízo do alcance restrito da resolução extrajudicial, bem como dos meios de protecção conferidos ao arrendatário, a verdade é que a abertura ao exercício extrajudicial do direito de resolução envolve um decréscimo do grau de protecção do arrendatário e do direito à habitação – quando comparada com a proporcionada pela regra da resolução judicial do RAU.

Como forma de mitigar/contrabalançar os efeitos potencialmente perniciosos desta opção, a lei introduziu um instrumento, particularmente interessante, que visa aumentar a tutela do executado-arrendatário. Referimo-nos aqui à concessão ao arrendatário, nos artigos 1048.º e 1084.º, de um período adicional para o cumprimento do contrato, em que lhe é dada a oportunidade de satisfazer – extemporaneamente – o interesse do credor. Trata-se de uma faculdade protectora do arrendatário e do contrato que se procura *salvar*.

A breve análise que realizámos do regime do arrendamento urbano para habitação mostra-nos que se trata ainda de um regime de protecção do contrato e da posição do arrendatário, ainda que tal tutela tenha diminuído de forma substancial com as alterações recentemente introduzidas pela Lei n.º 31/2012. Se no âmbito da Lei n.º 6/2006 a tendencial protecção do arrendatário, conjugada com o regime da denúncia justificada, nos levava a concluir que a resolução do contrato de arrendamento urbano para habitação, quando infundada, não produzia os seus efeitos, hoje não nos parece tal conclusão evidente, em especial

⁴⁰¹ A regulação deste incidente é parca e pouco clara. Para mais desenvolvimentos veja-se GEMAS, Laurinda, «O Novo...*cit.*», p. 98 e s.

se atendermos às alterações realizadas no âmbito do regime da denúncia justificada, operada pelo senhorio.

§1.3. A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

Igualmente interessante nesta tarefa de identificação dos efeitos da resolução infundada é a alteração de Fevereiro de 2008 ao regime jurídico da resolução por incumprimento do contrato de locação financeira⁴⁰².

1. Cancelamento do registo de locação

O contrato de locação financeira surgiu na nossa ordem jurídica em 1979, com o Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho⁴⁰³.

O regime de resolução do contrato de locação financeira, consagrado na versão original do RJLF de 1995, previa que, na sequência da resolução do contrato de locação pelo locador, este requeresse o cancelamento do registo da locação⁴⁰⁴ no âmbito da providência cautelar para restituição do bem locado. Em 2008, o legislador, no quadro da implementação de um novo conjunto de medidas destinadas a descongestionar os tribunais, procurando evitar acções judiciais *inúteis*, veio tornar desnecessária a propositura de qualquer acção judicial para cancelamento do registo da locação financeira: este deverá ser realizado pelas *vias administrativas normais*⁴⁰⁵. Assim, dispõe o n.º 2 do artigo 17.º do RJLF que «*para o cancelamento do registo de locação financeira com fundamento na*

⁴⁰² Constante do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 265/97, de 02 de Outubro, pela Rectificação n.º 17-B/97, de 31 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 285/2001, de 03 de Novembro, e pelo Decreto-Lei n.º 30/2008, de 25 de Fevereiro.

⁴⁰³ Note-se que antes deste já tinha sido publicado em Maio o Decreto-Lei n.º 135/79, de 18 de Maio, sobre as sociedades de locação financeira.

⁴⁰⁴ Nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 3.º do RJLF, encontra-se sujeita a registo a locação financeira de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo.

⁴⁰⁵ Expressão do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 30/2008.

resolução do contrato por incumprimento é documento bastante a prova da comunicação da resolução à outra parte nos termos gerais».

Note-se que esta alteração já fora proposta em 1995, no âmbito da elaboração do Decreto-Lei n.º 149/95, tendo tido que esperar até 2008 para se ver consagrada no RJLF. PINTO DUARTE referia, a propósito do projecto de 1995, que este, «(...) *sabedor das dificuldades com que as SLF [sociedades de locação financeira] actualmente se defrontam quando resolvem um contrato sobre automóveis por incumprimento do locatário e pretendem vendê-los, permite às SLF passarem a cancelar os registos de locação financeira com base em “certidões” por elas extraídas das suas declarações de rescisão do contrato*»⁴⁰⁶. Terá sido porventura o carácter questionável desta alteração, que PINTO DUARTE qualifica mesmo de «má» por «*desequilibra[r] a relação entre as partes, privilegiando uma*»⁴⁰⁷, e a oposição de alguma doutrina, que tanto atrasou a respectiva consagração legal.

A solução adoptada pelo n.º 2 do artigo 17.º do RJLF abre a porta à resolução sem fundamento do contrato e faz recair sobre o locatário o ónus de recorrer do cancelamento do registo e da prova do cumprimento do contrato, privilegiando desta forma claramente os interesses do locador. PINTO DUARTE suscita mesmo a questão da constitucionalidade da solução adoptada pelo Decreto-Lei n.º 30/2008, por «(...) *representar um caso de auto-tutela sem justificação bastante*»⁴⁰⁸.

Embora a bondade e *justeza* desta solução sejam questionáveis a verdade é que nos indica um certo sentido quanto aos efeitos da resolução infundada. De facto, ao permitir-se que, munido apenas da *prova de comunicação de resolução à outra parte*, o declarante cancele o registo da locação, parece entender-se que tal

⁴⁰⁶ *Escritos sobre Leasing e Factoring*, Principia, 2001, p. 184.

⁴⁰⁷ *Escritos...cit.*, p. 184.

⁴⁰⁸ «O contrato de locação financeira. Uma síntese», *Themis*, ano X, n.º 19, p. 178. O Autor refere-se aqui não só à solução adoptada no n.º 2 do artigo 17.º, mas igualmente à constante do n.º 1 do artigo 21.º do RJLF.

declaração produz de forma inelutável os seus efeitos, independentemente de ser fundada.

Todavia, e apesar de parecer ser neste sentido que a disposição do artigo 17.º, n.º 2 aponta, há que salientar a escassa relevância jurídica que parece ter o registo de locação financeira⁴⁰⁹, defendendo parte da doutrina a eliminação da obrigatoriedade do mesmo. Assim, PINTO DUARTE é de opinião que este registo não se justifica, pelo menos em relação aos automóveis, porque em nada altera os direitos das partes ou de terceiros⁴¹⁰. Também DIOGO LEITE DE CAMPOS, no estudo realizado para uma reforma legislativa da locação financeira em 1993, propôs, sem sucesso todavia, que não se sujeitasse a registo a locação financeira tanto de bens móveis como de imóveis⁴¹¹.

Perante esta incapacidade de discernir a utilidade deste registo, torna-se difícil identificar as consequências do respectivo cancelamento, designadamente na posição jurídica do locatário. O cancelamento do registo tem todavia uma relevância fundamental e clara no âmbito da providência cautelar de restituição do bem locado, já que o respectivo pedido constitui um pressuposto do ordenamento da mesma.

2. A restituição do bem locado

A providência cautelar, anteriormente necessária para efeitos de cancelamento do registo, é-o agora apenas para efeitos de restituição do bem locado.

O artigo 21.º do RJLF determina que, na sequência da resolução e da apresentação do pedido de cancelamento do registo, caso o locatário não proceda à restituição do bem locado, pode o locador requerer ao tribunal, no

⁴⁰⁹ Neste sentido, PINTO DUARTE, *Escritos...cit.*, p. 183.

⁴¹⁰ *Escritos...cit.*, p. 183 e s.

⁴¹¹ *A Locação Financeira (Estudo Preparatório de Uma Reforma Legislativa)*, Lex, 1994, p. 147.

âmbito de um procedimento cautelar, a entrega do mesmo. Verificados tais pressupostos, ordena o tribunal a restituição, e independentemente de recurso do locatário, pode o locador dispor do bem, como se o contrato estivesse extinto, nos termos do n.º 6 do artigo 21.º do RJLF.

Ora, para ser ordenada a providência requerida, determina o referido artigo 21.º que o tribunal deve verificar a probabilidade séria de, por um lado, o contrato ter cessado em resultado de resolução⁴¹² - «*ou pelo decurso do prazo sem ter sido exercido o direito de compra*» - e, por outro, o locatário não ter procedido à entrega do bem locado⁴¹³. Admite-se assim que, apesar de declarada a resolução, o respectivo efeito extintivo não se tenha produzido. De outra forma seria desnecessária a imposição legal da necessidade de verificação pelo tribunal da cessação do contrato com a resolução como pressuposto para o ordenamento da providência cautelar. Retira-se pois, *a contrario*, que, não verificada a resolução, por, designadamente, a situação de incumprimento alegada não se ter verificado, o tribunal não poderá ordenar a restituição do bem locado, já que o contrato *não* cessou. Tal resulta de forma clara do acórdão do STJ de 28.04.2009, em que o tribunal, chamado a pronunciar-se em sede de revista sobre a obrigação de restituição do equipamento locado pelo locatário, na sequência da declaração de resolução do contrato de locação financeira pelo locador com fundamento em incumprimento, conclui que «*[i]nexistindo uma situação de (...) incumprimento definitivo, carece o autor de base legal para proceder, validamente, à resolução do contrato, e (...) não pode, conseqüentemente ver o réu*

⁴¹² Veja-se, quanto à necessidade de verificação da resolução do contrato para ordenamento da restituição, o acórdão do STJ de 01.07.99, proc. n.º 99B528, em que o STJ afirma: «*[c]oncluiu-se, assim, que a resolução a que a recorrente procedeu, com fundamento na mora convertida em incumprimento definitivo, foi regular, à luz do disposto nos art.ºs. 26.º do Dec. Lei n.º 171/79, e 808.º, n.º 1 do Cod. Civil (...)*». Veja-se também o acórdão do STJ de 03.02.2005, proc. n.º 475/2005-6 (ambos disponíveis em www.dgsi.pt).

⁴¹³ Quanto à desnecessidade de prova de *periculum in mora* para efeitos de ordenamento desta providência cautelar, veja-se o acórdão do STJ de 07.02.2008, proc. n.º 07B4622 (disponível em www.dgsi.pt).

condenado a restituir os equipamentos, objecto do contrato de locação financeira, nos termos do estipulado pelos artigos 801^o, n^{os} 1 e 2, e 432^o, n^o1, ambos do CC»^{414/415}.

§1.4. O DESPEDIMENTO INFUNDADO⁴¹⁶

Tanto no caso do contrato de mandato, como no caso do contrato de locação, não dispomos de uma norma que esclareça de forma clara e inequívoca os efeitos da resolução ilícita. O regime jurídico do contrato de trabalho constitui, nesta perspectiva, uma excepção, já que se trata de um dos raros casos em que a lei regula de forma expressa os efeitos da resolução *contra legem*, merecendo, por esta razão, os artigos 381.^o e seguintes do CT a nossa especial atenção.

1. Breve nota introdutória

É certo que o Direito do Trabalho se reveste de um conjunto de especificidades em relação ao Direito Civil (em sentido lato), na medida em que, como salienta JOÃO LEAL AMADO, «(...) o mundo civil é (...) o mundo da autonomia da vontade e da liberdade contratual, ao passo que o mundo laboral é (...) o “mundo da desigualdade e da heterodeterminação”, o mundo da desconfiança face à liberdade contratual, o mundo das restrições face à livre concorrência»⁴¹⁷. A distância entre estes dois mundos é particularmente visível no regime jurídico da cessação dos

⁴¹⁴ Acórdão do STJ de 28.04.2009, proc. n.º 09A0679 (disponível em www.dgsi.pt).

⁴¹⁵ Veja-se ainda, quanto à locação financeira, a análise de jurisprudência portuguesa produzida entre 1985 e 1999 de RUI PINTO DUARTE n.º «A jurisprudência Portuguesa sobre Leasing – Algumas Observações», *Themis*, ano I, n.º 1, 2000, p. 181 a 188.

⁴¹⁶ Note-se que parte da doutrina e jurisprudência a que recorreremos no âmbito do nosso estudo sobre o regime jurídico do despedimento no Código do Trabalho é anterior à versão do CT presentemente em vigor, aprovada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, e posteriormente alterada pelas Leis n.º 105/2009, de 14 de Setembro, 53/2011, de 14 de Outubro, e 23/2012, de 25 de Junho.

⁴¹⁷ «Algumas notas sobre o despedimento *contra legem* no Código do Trabalho», *Temas Laborais*, Coimbra Editora, 2005, p. 111.

contratos, em razão, essencialmente, de uma preocupação de protecção do trabalhador e do princípio da segurança no emprego, constitucionalmente consagrado no artigo 53.º da CRP⁴¹⁸. Este princípio conforma toda a regulamentação do contrato de trabalho e, em especial, a respectiva extinção, traçando um quadro particularmente tutelar e garantístico dos direitos dos trabalhadores. Tal é visível, de um lado, nas apertadas restrições ao exercício da faculdade de cessação unilateral do contrato de trabalho pelo empregador – o princípio exclui, entre outros, a desvinculação *ad nutum* por iniciativa do empregador, fazendo depender a cessação do contrato da existência de um motivo atendível, *justa causa* – e, de outro, no carácter imperativo do regime jurídico da cessação do contrato de trabalho (artigo 339.º do CT)⁴¹⁹.

Não obstante as particularidades que envolvem este regime e que devemos manter presentes, parece-nos que a respectiva análise se poderá revelar de grande utilidade para o nosso estudo, em virtude, designadamente, da escassez de regulação legal da questão da resolução ilícita na nossa ordem jurídica.

Tendo em vista uma certa uniformidade na respectiva aplicação, as regras constantes do CT são aplicáveis, nos termos do artigo 9.º do mesmo, aos contratos de trabalho de regime comum, bem como aos contratos de trabalho com regime especial, desde que «*sejam compatíveis com a sua especificidade*».

A nossa análise incidirá sobre o regime geral de cessação dos contratos de trabalho constante do CT, bem como sobre dois contratos de trabalho *especiais*, o contrato de serviço doméstico, em razão da divergência de regime no que diz respeito aos efeitos do despedimento infundado, e o contrato de trabalho do

⁴¹⁸ Veja-se, a este propósito, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Cessação do Contrato de Trabalho; Aspectos Gerais*, separata dos *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. III, Almedina, 2002, p. 195 e ss.

⁴¹⁹ Admite o artigo 339.º do CT o afastamento da imperatividade do regime, excepcionalmente, seja por disposição legal, seja, quanto a determinadas matérias, por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho – veja-se, por exemplo, os n.ºs 2 e 3 do artigo 339.º do CT que admitem que os critérios de determinação de indemnizações, os prazos de procedimento e de aviso prévio, bem como os valores de indemnizações (desde que dentro dos limites fixados no CT) sejam alterados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

praticante desportivo, pelas particularidades do respectivo regime de cessação unilateral.

2. O regime geral do despedimento

O contrato de trabalho encontra-se sujeito às formas típicas de extinção das relações obrigacionais, isto é, a caducidade, a revogação, a denúncia⁴²⁰ e a resolução. Estas quatro formas de extinção do vínculo laboral encontram-se devidamente reguladas no CT, nos artigos 338.º a 403.º. Interessa-nos aqui, naturalmente, o regime da resolução por incumprimento.

2.1. Uma aproximação ao regime geral

(a) Nota prévia sobre a resolução por iniciativa do trabalhador

O CT distingue, com base no critério da iniciativa, duas categorias de cessação do contrato por resolução: resolução efectuada pelo empregador (designada por despedimento e regulada nos artigos 351.º e ss., correspondente à secção IV do capítulo VII do título II do CT) e resolução por iniciativa do trabalhador (artigos 394.º e ss. do CT, correspondente à secção V do capítulo VII do título II do CT).

A resolução por iniciativa do trabalhador pode ter como fundamento o incumprimento culposos do empregador e é designada por resolução por justa causa *subjectiva* (artigo 394.º, n.º 2 do CT). Poderá ainda ter por base algum dos fundamentos constantes do n.º 3 do artigo 394.º do CT, i.e., a *necessidade de cumprimento de obrigação legal incompatível com a continuação do contrato, a alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de*

⁴²⁰ Ao trabalhador, como veremos adiante, é concedida uma faculdade de se desvincular *ad nutum* mediante um aviso prévio, realizado nos termos dos artigos 400.º e ss. do CT.

poderes do empregador ou a falta não culposa de pagamento pontual da retribuição, sendo designada por justa causa objectiva.

Os efeitos do exercício ilícito desta faculdade também se encontram regulados no CT – artigos 398.º e ss., revelando-nos a respectiva leitura que o carácter ilícito da declaração emitida pelo trabalhador *não* obsta à produção do efeito extintivo do contrato, dando origem apenas a uma obrigação de indemnizar o empregador pelos danos causados, nos termos do artigo 399.º do CT. A justa causa surge assim não como uma condição de *validade* da cessação, mas apenas da respectiva *licitude*. O carácter ilícito da declaração de resolução do contrato de trabalho pelo trabalhador não contende com a respectiva validade, por força do disposto na lei (artigos 398.º e 399.º do CT).

Esta imunidade da eficácia extintiva da resolução à ilicitude é o reflexo de uma maior valorização pela ordem jurídica nacional da liberdade de desvinculação do trabalhador em detrimento da conservação do contrato e da segurança jurídica, perturbadas pelo desrespeito das normas legais que disciplinam a resolução. Nesta ponderação de interesses, a lei privilegia a vontade de desvinculação manifestada pelo trabalhador, não permitindo que a ilicitude da resolução afecte a respectiva eficácia.

A protecção acrescida conferida à liberdade de desvinculação aproxima esta forma de cessação do contrato de uma outra: a *denúncia* do vínculo pelo trabalhador. A proximidade entre estas duas figuras é visível ainda na determinação da indemnização devida em caso de inexistência de justa causa, em que se produz como que uma conversão – nos termos do artigo 293.º do CC – da resolução em denúncia, condenando-se o trabalhador ao pagamento de uma indemnização que não deverá ser inferior à devida em caso de denúncia realizada sem respeito pelo aviso prévio legal⁴²¹.

⁴²¹ O artigo 399.º do CT remete, para efeitos de determinação da indemnização devida em caso de resolução ilícita, para o artigo 401.º, que regula a indemnização devida em caso de denúncia ilícita: «[n]ão se provando a justa causa de resolução do contrato, o empregador tem direito a indemnização dos prejuízos causados, não inferior ao montante calculado nos termos do artigo 401.º».

A justa causa desempenha aqui assim uma função totalmente diversa daquela que encontramos no âmbito do despedimento: «[t]rata-se, tão-só, de isentar o trabalhador de cumprir o aviso prévio que, na ausência de justificação, está obrigado a conceder ao empregador»⁴²².

Por entendermos que nos encontramos aqui perante uma figura mais próxima da denúncia, norteadas essencialmente pelo princípio da liberdade de desvinculação do trabalhador, do que da resolução em sentido técnico, não abordaremos no presente estudo esta forma de cessação do contrato de trabalho⁴²³.

(b) A faculdade de despedir do empregador

O carácter vinculado da resolução, imposto pelo artigo 432.º do CC, é reforçado no âmbito do contrato de trabalho, em resultado do princípio da segurança no emprego. A faculdade de despedir é vinculada, dependendo o seu exercício sempre da verificação de justa causa, isto é, de uma causa atendível (subjectiva ou objectiva), sem a qual será ilícita.

O exercício desta faculdade é, em regra, extrajudicial, extinguindo-se assim o contrato no momento da recepção da declaração pelo trabalhador, nos termos do n.º 7 do artigo 357.º do CT. Como chama a atenção MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, esta disposição vem apenas reproduzir no CT o que resultava já das regras gerais do CC sobre a eficácia da declaração negocial receptícia⁴²⁴.

⁴²² MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª ed. (rev. e act. segundo o Código do Trabalho de 2012), Principia, 2012, p. 524.

⁴²³ Para mais desenvolvimentos sobre a resolução por iniciativa do trabalhador, veja-se GOMES, Júlio Vieira, *Direito do Trabalho, vol. I., Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 1038 e ss.; NASCIMENTO, Ricardo, *Da cessação do contrato de trabalho: em especial por iniciativa do trabalhador*, Coimbra Editora, 2008; FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 15.ª ed., Almedina, 2010, p. 645 e ss., em especial 648 e ss.

⁴²⁴ *Direito do Trabalho. Parte II. Situações Laborais Individuais*, 3.ª ed. (rev. e act. ao Código do Trabalho de 2009), Almedina, 2010, p. 935.

No que diz respeito às formas de despedimento, a lei distingue entre o despedimento por incumprimento culposo do trabalhador (por justa causa de despedimento ou por justa causa de despedimento subjectiva, artigo 351.º do CT) e despedimento por causas alheias à actuação das partes (despedimento por justa causa objectiva) que abrange três tipos de situações: despedimento colectivo (artigo 359.º e ss. do CT); despedimento por extinção do posto de trabalho (artigo 367.º e ss. do CT); e despedimento por inadaptação (artigo 373.º e ss. do CT)⁴²⁵.

Em razão do nosso objecto de estudo, cingiremos a nossa análise ao despedimento por incumprimento culposo do trabalhador que corresponde a uma forma de resolução do contrato pelo empregador⁴²⁶.

(c) Em especial: o despedimento por incumprimento culposo

No que concerne ao despedimento por incumprimento do trabalhador, também aqui, à semelhança do que sucede no regime geral da resolução, apenas o incumprimento grave constituirá fundamento bastante ao exercício do direito de resolução. Assim, relevará apenas aquele incumprimento que, *«pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho»* (artigo 351.º, n.º 1 do CT)⁴²⁷.

Exige-se assim um acto ilícito – seja por violação de deveres contratuais ou legais – e censurável, culposo, à luz do critério acolhido pelo n.º 2 do artigo

⁴²⁵ Veja-se, no que se refere ao englobar pelo legislador na figura do despedimento de diferentes institutos de cessação do contrato por iniciativa do empregador, MARTÍNEZ, Pedro Romano, «Incumprimento contratual e justa causa de despedimento», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação Pedro Romano Martínez, Almedina, 2001, p. 109.

⁴²⁶ Veja-se, por todos, MARTÍNEZ, Pedro Romano, «Incumprimento...cit.», vol. II, p. 111. Veja-se ainda quanto à classificação do despedimento como uma modalidade de resolução, GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, I, p. 945 e ss.

⁴²⁷ Veja-se por todos, o acórdão do STJ de 29.04.2009, proc. n.º 0853081 (disponível em www.dgsi.pt).

487.º do CC⁴²⁸. Adicionalmente, para que tal comportamento ilícito e culposo se qualifique como justa causa, nos termos e para os efeitos do artigo 351.º do CT, será ainda necessário que torne *imediate e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho*. Trata-se de uma concretização do princípio da proporcionalidade na ponderação dos interesses das partes no âmbito do contrato de trabalho: o incumprimento apenas será relevante na medida em que a respectiva gravidade torne desrazoável exigir ao empregador a manutenção da relação laboral. O juízo de proporcionalidade encontra-se assim aqui concretizado num critério mais operativo que é o da inexigibilidade (objectiva) da manutenção da relação contratual.

Apenas quando estes requisitos se encontrem preenchidos, haverá, nos termos do artigo 351.º do CT, justa causa para a resolução do contrato pelo empregador, com base em incumprimento culposo do trabalhador.

Para além destes requisitos, o despedimento sem qualquer indemnização ou compensação, enquanto sanção disciplinar mais grave que o empregador pode aplicar ao trabalhador (artigo 328.º do CT), encontra-se sujeito à observância de um determinado procedimento fixado na lei nos artigos 329.º e seguintes do CT⁴²⁹.

⁴²⁸ Para mais desenvolvimentos sobre os pressupostos do despedimento por incumprimento do trabalhador, veja-se MARTÍNEZ, Pedro Romano, «Incumprimento...*cit.*», vol. II, p. 113 e ss.

⁴²⁹ O procedimento deve iniciar-se nos 60 dias subsequentes ao conhecimento da infracção pelo empregador. Caso a infracção seja continuada, este prazo só se inicia depois de terminada a sua prática. Sem prejuízo deste prazo, outro há que ter em conta: o prazo de um ano de prescrição da infracção disciplinar, contado a partir da data da sua prática (excepto se a infracção consubstanciar um ilícito penal, caso em que se aplicarão os prazos de prescrição da lei criminal). Ambos os prazos interrompem-se com a comunicação da nota de culpa ao trabalhador, bem como com a instauração do procedimento prévio de inquérito (artigos 353.º, n.º 3 e 352.º do CT). Iniciado o procedimento, haverá lugar a uma fase de instrução, seguida de acusação e de defesa do trabalhador. Na fase de instrução, o empregador averigua os factos indiciadores do comportamento ilícito do trabalhador, concluindo este procedimento com a emissão de uma acusação escrita, da qual deverá constar a intenção de despedir o trabalhador, bem como a nota de culpa com a descrição dos actos que lhe são imputados (artigo 353.º do CT). Recebida a acusação, deverá o trabalhador ser ouvido para apresentar a sua defesa (artigo 329.º, n.º 6 do CT). À alegação dos factos, dever-se-ão seguir as necessárias diligências probatórias, para a averiguação dos mesmos. Concluídas tais diligências deverá o processo ser entregue à comissão de trabalhadores que poderá juntar o seu parecer. Terminado o prazo para que esta

2.2. O despedimento ilícito

Como referimos acima, o CT regula de forma expressa a resolução ilícita do contrato de trabalho realizada pelo empregador nos artigos 381.º e seguintes, esclarecendo quando é que o despedimento deve ser considerado ilícito, para em seguida definir os seus efeitos.

(a) Despedimento ilícito: conceito

O despedimento será ilícito quando (i) tenha por base motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; (ii) tenham sido declarados improcedentes os respectivos motivos justificativos; (iii) não tenha sido precedido do respectivo procedimento; ou (iv) em caso de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador durante o gozo de licença paternal inicial, em qualquer das suas modalidades, se não for solicitado qualquer parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres⁴³⁰

proceda à junção do respectivo parecer, cabe ao empregador decidir, por escrito, fundamentadamente. O ónus da prova da existência de justa causa de despedimento recai sobre o empregador; cabe-lhe demonstrar a existência de uma conduta ilícita, indicando de forma clara o dever violado. Não há qualquer presunção de justa causa; pelo contrário. Encontramos com efeito, na lei, algumas disposições, como o n.º 3 do artigo 410.º do CT ou 63.º, n.º 2 do CT, em que se presume o despedimento *sem* justa causa. Ao trabalhador caberá, por sua vez, elidir a presunção de culpa decorrente do artigo 799.º do CC. Para mais desenvolvimentos sobre o procedimento disciplinar conducente ao despedimento, veja-se GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol I., p. 1002 e ss.

⁴³⁰A referência expressa ao despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador durante o gozo de licença paternal inicial quando não seja solicitado qualquer parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, no enunciado dos *fundamentos gerais* de ilicitude do despedimento, parece ter tido como finalidade reforçar e esclarecer quaisquer dúvidas quanto à respectiva ilicitude, na medida em que tal já resultava do artigo 63.º do CT, na parte em que determina que o despedimento nestes casos carece do referido parecer. Note-se que na versão anterior do CT não havia qualquer referência a esta situação nas causas gerais de ilicitude, determinando apenas o artigo 51.º, n.º 4 que «[é] *inválido o procedimento de despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, caso não tenha sido solicitado o parecer referido no n.º 1, cabendo o ónus da prova deste facto ao empregador*».

(artigo 381.º do CT). Segue-se ainda, nos artigos 382.º a 385.º, um elenco de outras situações em que o despedimento deverá também ser considerado ilícito.

(b) Meios de reacção

(i) Providência cautelar de suspensão do despedimento

Perante a resolução do contrato pelo empregador, a lei prevê, desde logo, a possibilidade de o trabalhador requerer ao tribunal a suspensão provisória do despedimento, no prazo de cinco dias úteis a contar da data da recepção da comunicação (artigo 386.º do CT)⁴³¹.

A providência deverá ser decretada, nos termos dos artigos 37.º e seguintes do Código de Processo do Trabalho, se não tiver sido instaurado processo disciplinar, se este for nulo ou se o empregador não apresentar injustificadamente o processo disciplinar no prazo devido, se o empregador faltar injustificadamente à audiência – salvo se tiver sido apresentado o processo disciplinar, caso em que o tribunal deverá decidir de acordo com os elementos constantes daquele e outra prova que escolha determinar oficiosamente, ou, finalmente, se o tribunal concluir pela probabilidade séria de inexistência de justa causa.

Suspendido o despedimento, o contrato subsiste até à decisão judicial da acção principal de impugnação, sendo assim designadamente devida retribuição ao trabalhador.

⁴³¹ Note-se que, ao contrário do que sucedeu com a impugnação do despedimento, não foi aceite a proposta constante do Livro Branco das Relações Laborais, de Novembro de 2007, de alargamento do prazo para requerer a suspensão de 5 para 15 dias, com vista a uma harmonização e aproximação do procedimento de instauração da providência cautelar ao de impugnação do despedimento, significativamente simplificado. Manteve-se o prazo de cinco dias úteis para requerer a suspensão do despedimento e um procedimento de instauração da providência cautelar significativamente mais formal e exigente do que aquele que diz respeito à acção principal que, como veremos adiante, se realiza através da apresentação junto do tribunal competente de um requerimento em formulário próprio.

(ii) Impugnação judicial

O artigo 387.º do CT determina que a ilicitude do despedimento só pode ser declarada por tribunal judicial, em acção intentada pelo trabalhador, não podendo assim sê-lo, por exemplo, por tribunal arbitral. A impugnação deverá ser realizada por meio da apresentação de um requerimento em formulário próprio⁴³², no prazo de 60 dias contados «a partir da recepção da comunicação de despedimento ou da data de cessação do contrato, se posterior».

(c) Efeitos

Os efeitos da declaração judicial da ilicitude do despedimento encontram-se definidos nos artigos 389.º e seguintes do CT.

Declarada a resolução ilícita, encontra-se o empregador obrigado a indemnizar o trabalhador por todos os danos causados, bem como a compensá-lo pelas retribuições que deixou de auferir entre a declaração de resolução e o trânsito em julgado da sentença judicial, nos termos do artigo 390.º do CT.

Adicionalmente, o empregador encontra-se obrigado a reintegrar o trabalhador no seu posto de trabalho (sem prejuízo da sua categoria e antiguidade), excepto se este optar, em substituição da reintegração, por uma indemnização a fixar nos termos do artigo 391.º do CT. De facto, como chama a atenção JOÃO LEAL AMADO, «[p]roferido o despedimento patronal e instaurada a respectiva acção de impugnação pelo trabalhador, a vida continua, o tempo não pára e as relações entre as partes tornam-se, não raro, ainda mais azedas do que o eram aquando

⁴³² O modelo de formulário para a acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento foi aprovado pela Portaria n.º 1460-C/2009, de 31 de Dezembro.

do despedimento», compreendendo-se assim a necessidade de a lei prever uma alternativa à reintegração⁴³³.

A reintegração poderá ainda não ter lugar mediante a apresentação de um pedido de exclusão da mesma pelo empregador, nos termos do artigo 392.º do CT. Mediante o preenchimento de um conjunto de pressupostos, que analisaremos adiante em maior detalhe, é reconhecida ao empregador esta faculdade, cabendo ao tribunal a apreciação do fundamento invocado por aquele e, bem assim, a decisão de exclusão da reintegração. Caso o tribunal dê provimento ao pedido do empregador, o contrato extingue-se, sendo a reintegração substituída por uma indemnização a calcular nos termos do artigo 391.º do CT. O *quantum* indemnizatório neste caso é, note-se, superior ao devido em caso de opção do trabalhador pela indemnização em substituição da reintegração, procurando-se desta forma compensá-lo pela extinção do contrato apesar da ilicitude do despedimento e da vontade de reintegrar o antigo posto de trabalho⁴³⁴.

A interpretação da doutrina destas disposições do CT que regulam os efeitos do despedimento ilícito e que sucintamente descrevemos não é todavia unívoca, nem tão pouco isenta de dúvidas, como em seguida se verá.

⁴³³ AMADO, João Leal, «Os efeitos do despedimento ilícito», *Revista do Ministério Público*, n.º 105, Janeiro-Março 2006, p. 36.

⁴³⁴ JOÃO LEAL AMADO chama a atenção para um potencial efeito perverso desta majoração da indemnização, na medida em que poderá constituir um incentivo para que os trabalhadores, mesmo aqueles que não pretendam ser reintegrados, não optem pela indemnização, esperando que o empregador venha requerer a exclusão daquela medida («Os efeitos...*cit.*», p. 41).

(d) A natureza do acto de despedimento sem justa causa

(i) Um acto válido de incumprimento

P. ROMANO MARTÍNEZ entende que ainda que ilícito o despedimento não é inválido, produzindo assim o efeito extintivo do contrato^{435/436}.

Esta leitura dos efeitos do despedimento ilícito corresponde à aplicação da concepção do Autor da resolução ilícita, em geral. Entende este Autor que a resolução não pode ser apreciada enquanto acto externo ao contrato, em termos de (in)validade, por carecer de autonomia em relação àquele, não sendo assim adequado analisá-la, designadamente, à luz do artigo 280.º, n.º 1 do CC que conduziria à sua qualificação como acto nulo. Para P. ROMANO MARTÍNEZ o acto de resolução deve ser *lido* no âmbito da execução do contrato em que é emitido, como acto não autonomizável deste, isto é, como modo de cumprimento ou incumprimento do contrato. A resolução ilícita representaria assim, tão somente, o incumprimento do contrato⁴³⁷.

Na seguimento deste raciocínio, defende o Autor que, quando em sede de acção de impugnação o juiz considere que o despedimento foi ilícito, a

⁴³⁵ Afirma o Autor: «[o] despedimento ilícito não é inválido, pelo que, mesmo injustificado, produz efeitos; ou seja, determina a cessação do contrato de trabalho» (*Apontamentos sobre a Cessação do Contrato de Trabalho à luz do Código do Trabalho*, 1.ª reimp. da edição de 2004, AAFDL, 2005, p. 129). Veja-se ainda, *Da Cessação... cit.*, p. 492 e *Direito do Trabalho*, 5.ª ed., Almedina, 2010, p. 1085 e ss. Embora o pensamento do Autor não nos seja sempre claro, parece que esta leitura do despedimento ilícito traduz uma alteração de posição, já que no manual de direito do trabalho, anterior ao CT, afirmava: «(...) se o tribunal se pronunciar pela ilicitude do despedimento, o efeito extintivo é inválido (...)», e mais adiante ainda: «[o] direito à reintegração é um corolário da invalidade do despedimento: como o acto é inválido, o efeito extintivo não se chegou a produzir» (*Direito do Trabalho, II vol., Contrato de Trabalho*, 2.º tomo, 3.ª ed., Pedro Ferreira, 1999, p. 356 e 361, respectivamente). Ficámos todavia sem perceber que elementos conduziram o Autor a esta alteração de posição.

⁴³⁶ Não obstante esta afirmação, para caracterizar os efeitos da sentença que declara a ilicitude da resolução, o Autor socorre-se de um acórdão do STJ em que o tribunal afirma, entre outros, que «(...) a invalidade do despedimento tem efeito retroactivo» (*Da Cessação...cit.*, p. 494, nota de rodapé n.º 989).

⁴³⁷ MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 492.

manutenção do contrato mais não é do que uma aplicação do princípio de reconstituição natural (artigo 562.º do CC). Verificado o incumprimento, encontra-se o empregador obrigado a responder pelo prejuízo causado sob a forma de indemnização que, por força do princípio da reconstituição natural, deverá consistir – sempre que possível – no restabelecimento do vínculo contratual. Donde, para este Autor, «[a] *subsistência do contrato não é (...) uma consequência da ilicitude do despedimento, pois decorre do princípio geral da obrigação de indemnizar (art. 562.º do CC)*»⁴³⁸. Neste quadro, a opção do trabalhador entre a reintegração e a indemnização em substituição daquela mais não é do que uma opção entre a reconstituição natural ou a indemnização em dinheiro.

(ii) Um acto inválido

Visão diversa é a de JÚLIO VIEIRA GOMES que, muito embora reconhecendo no acto de despedimento sem justa causa um acto de incumprimento contratual, entende tratar-se de um acto inválido, anulável⁴³⁹.

No mesmo sentido, JOÃO LEAL AMADO afirma que «(...) *nas suas grandes linhas, o CT configura o despedimento contra legem como um despedimento ilícito e inválido*»⁴⁴⁰. Também FURTADO MARTINS afirma que a lei associa à declaração judicial de ilicitude do despedimento as seguintes consequências: «[i]nvalidade de cessação, com a consequente manutenção em vigor do contrato de trabalho»^{441/442}. O

⁴³⁸ MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Apontamentos...cit.*, p. 141.

⁴³⁹ GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 1025.

⁴⁴⁰ «Os efeitos...cit.», p. 18. Veja-se, no mesmo sentido ainda, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito...cit.*, Parte II, p. 958 e s; e FERNANDES, António Monteiro, que chama a atenção para a justa causa ser uma *condição substancial de validade do despedimento* (*Direito...cit.*, p. 585).

⁴⁴¹ *Cessação...cit.*, p. 430.

⁴⁴² Neste sentido de qualificação da resolução ilícita como inválida, a legislação que o Código de Trabalho na versão de 2003 veio revogar referia, por um lado, no regime de cessação do contrato de trabalho (Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, que aprova a Lei da Cessaçao do Contrato de Trabalho), relativamente à cessação do contrato fundada em extinção de postos de trabalho por causas objectivas de ordem estrutural tecnológica ou conjuntural relativas à empresa, não abrangida por despedimento colectivo, que a cessação do contrato de trabalho é *nula*, entre outras causas, se se verificar inexistência de fundamento (artigo 32.º). E, por outro, no regime jurídico da cessação do contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador

acto de despedimento encontra-se sujeito a limites formais e substanciais, continua o Autor, «(...) que condicionam a sua licitude e validade. Se o empregador os não observar o despedimento é ilícito e inválido: não produz o efeito visado pelo agente. E dado que o despedimento não produziu a extinção do contrato de trabalho, este manteve-se na plenitude dos seus efeitos»⁴⁴³. Refira-se ainda LOBO XAVIER que, muito embora reconhecendo a consagração em Portugal, desde 1975, de um sistema de invalidade do despedimento ilícito, com a consequente obrigação de reintegração⁴⁴⁴, considera que esta não terá sido porventura a melhor opção. De facto, afirma o Autor, «(...) o Ordenamento nem sempre pune com a invalidade os actos que proíbe e que – como é prática geral no mundo – em quase todos os despedimentos deveria abrir-se a possibilidade de uma sanção meramente indemnizatória»⁴⁴⁵.

No que diz respeito à jurisprudência, refira-se o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 306/03 onde o tribunal afirma que a declaração judicial de ilicitude do despedimento determina a invalidade do mesmo, implicando assim «(...) que juridicamente tudo se deve passar como se essa relação nunca tivesse sido interrompida, pelo que a “reintegração” surge como o efeito normal de tal declaração»^{446/447}. Também o STJ defende esta orientação, afirmando que «[a]

(Decreto-Lei n.º 400/91, de 16 de Outubro), no preâmbulo, que um dos princípios fundamentais do diploma é a «identificação dos vícios geradores da nulidade da cessação do contrato, conferindo-se ao trabalhador abrangido o direito de acção judicial, com vista à respectiva declaração» – embora, depois, o artigo 8.º deste diploma se refira apenas à ilicitude da cessação. Refira-se ainda o artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 372-A/75 (Lei dos Despedimentos), de 16 de Julho, que a propósito da cessação do contrato individual de trabalho por despedimento promovido pela entidade patronal ou gestor público com justa causa, determinava que «[a] inexistência de justa causa, a inadequação da sanção ao comportamento verificado e a nulidade ou inexistência do processo disciplinar determinam a nulidade do despedimento que, apesar disso, tenha sido declarado». Veja-se ainda, a propósito dos efeitos da ilicitude do despedimento no quadro dos Decretos-Lei n.º 64-A/89 e 372-A/75, MARTINS, Pedro Furtado, «Despedimento ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva. Contributos para o Estudo da Declaração da Invalidade do Despedimento», suplemento do *Direito e Justiça*, 1992.

⁴⁴³ *Cessação...cit.*, p. 432.

⁴⁴⁴ *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 3.ª ed. (rev. e act.), Verbo, 2005, p. 465.

⁴⁴⁵ *Iniciação...cit.*, p. 466.

⁴⁴⁶ Ponto 17 do Acórdão (disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos).

sentença judicial que julga procedente uma acção de impugnação de despedimento declara a ilicitude do acto de ruptura do vínculo por parte do empregador, por um lado, e, por outro, é, em si, apta a produzir efeitos que correspondem ao tratamento normal da invalidade do negócio jurídico (cfr. o art. 289.º, n.º 1 do CC): a recomposição do estado de coisas que se teria verificado, não fôra a prática do acto extintivo (reposição em vigor do contrato) e a destruição dos efeitos entretanto produzidos»⁴⁴⁸.

No que à ausência de referência legal expressa à *invalidade* concerne FURTADO MARTINS salientava, no contexto da legislação laboral anterior ao CT, que o reconhecimento da invalidade não depende da respectiva cominação expressa na lei, «(...) *mas do regime estabelecido para os respectivos efeitos. E aqui não existem dúvidas: as consequências associadas à declaração de ilicitude pressupõem que o acto extintivo declarado pelo empregador é inválido, tudo se passando como se ele jamais tivesse existido*»⁴⁴⁹.

Consubstanciando o despedimento sem justa causa um acto inválido, a respectiva impugnação, afirma JÚLIO VIEIRA GOMES, mais não é do que um pedido de anulação da resolução, «(...) *sendo que tal anulação acarreta que o despedimento é retroactivamente destruído e não logra produzir o efeito extintivo visado*»⁴⁵⁰.

As consequências da eliminação retroactiva dos efeitos do acto de despedimento, promovida pela declaração judicial, são duas: a obrigação de reintegração e a obrigação de pagamento dos salários intercalares (artigos 389.º e 390.º do CT). Procura-se desta forma reconstituir o estado de coisas que

⁴⁴⁷ FURTADO MARTINS entende, juntamente com GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, que a eliminação do efeito extintivo da resolução ilícita do contrato de trabalho é a única reacção adequada do ordenamento jurídico compatível com o princípio da segurança no emprego consagrado no artigo 53.º da CRP («A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos», *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1988, p. 51 e 52).

⁴⁴⁸ Acórdão do STJ de 01.04.2009, proc. n.º 08S3043 (disponível em www.dgsi.pt).

⁴⁴⁹ *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2.ª ed. (rev. e act.), Principia, 2002, p. 164 e 165.

⁴⁵⁰ GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 1025. No mesmo sentido, JOÃO LEAL AMADO afirma que o reconhecimento judicial da invalidade do despedimento «(...) *priva este último do seu efeito extintivo da relação laboral, pelo que tendencialmente tudo se vai passar como se o despedimento jamais tivesse sido proferido pela entidade empregadora*» («Os efeitos...cit.», p. 20).

existiria se o acto inválido não tivesse sido produzido, aplicando o princípio geral constante do artigo 289.º, n.º 1 do CC⁴⁵¹.

A obrigação de reintegração surge, neste quadro dogmático, como um corolário da invalidade da resolução e não como o resultado da aplicação do princípio da reconstituição natural do artigo 562.º do CC. A faculdade de o trabalhador optar pela indemnização em substituição da reintegração, por sua vez, mais não é do que a aplicação da regra constante do regime geral do incumprimento das obrigações do CC, nos termos da qual, perante o não cumprimento é conferida ao credor a opção entre a resolução do contrato – indemnização em substituição da reintegração – e a respectiva manutenção – cumprimento do contrato.

Para além desta obrigação, a não cessação do contrato determina ainda a obrigação de o empregador realizar a prestação retributiva que não cumpriu, indevidamente, desde a emissão da declaração de resolução. A obrigação de pagamento das retribuições que o trabalhador deixou de auferir desde o despedimento sem justa causa até ao trânsito em julgado da sentença (artigo 437.º do CT) – e que acresce à obrigação de reintegração – não é devida, afirma JÚLIO VIEIRA GOMES, contrapondo-se expressamente a P. ROMANO MARTÍNEZ, «(...) a título indemnizatório; o que sucede é que sendo o despedimento anulado, os seus efeitos extintivos são retroactivamente eliminados, renascendo o dever de prestar o trabalho (que o trabalhador não pôde realizar por força do incumprimento do próprio empregador) e o dever de pagar a retribuição. O empregador deve, por conseguinte, cumprir a sua obrigação principal»⁴⁵².

Finalmente, tratando-se o despedimento *contra legem* de um acto ilícito, resulta ainda do mesmo a obrigação de indemnizar o trabalhador pelos danos sofridos (alínea a) do n.º 1 do artigo 389.º do CT).

⁴⁵¹ Veja-se, neste sentido, AMADO, João Leal, anotação ao acórdão de 04.05.2011, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 140, p. 263.

⁴⁵² GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 1020, nota de rodapé n.º 2444. Veja-se igualmente, *ibid*, p. 1025.

(iii) Natureza da invalidade

Como tivemos oportunidade de referir acima, a maioria da doutrina e da jurisprudência que reconhece no despedimento ilícito um acto inválido tende a reconduzi-lo à anulabilidade⁴⁵³.

De facto, se atentarmos ao respectivo regime jurídico para efeitos de qualificação da invalidade do despedimento sem justa causa, constatamos que a lei limita hoje o prazo para impugnação daquele acto, determinando o n.º 2 do artigo 387.º do CT que aquela deve ser realizada no prazo de sessenta dias contados «a partir da recepção da comunicação de despedimento ou da data de cessação do contrato, se posterior». A definição legal de um prazo para efeitos da impugnação do despedimento é algo recente, remontando a 2003 (Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código de Trabalho). O Código de Trabalho de 2003 veio determinar no n.º 2 do artigo 435.º que «a acção de impugnação tem de ser intentada no prazo de um ano a contar da data do despedimento, excepto no caso de despedimento colectivo em que a acção de impugnação tem de ser intentada no prazo de seis meses contados da data da cessação do contrato». Com efeito, no quadro legal anterior ao Código de Trabalho, a Lei dos Despedimentos (artigo 12.º, n.º 1⁴⁵⁴) era omissa quanto ao prazo de impugnação do despedimento e referia-se, de forma expressa, à nulidade do despedimento sem justa causa – e não à respectiva anulabilidade⁴⁵⁵. A verdade é que, não

⁴⁵³ Assim, AMADO, João Leal, «Os efeitos...cit.», p. 21; GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 1025; e MARTINS, Pedro Furtado, *Da Cessação...cit.*, 2012, p. 433 e ss., entre outros. Veja-se ainda por todos, o acórdão do STJ de 01.04.2009, proc. n.º 08S3043 (disponível em www.dgsi.pt). FURTADO MARTINS chama a atenção para o facto de, em virtude do regime do despedimento ilícito ser o da anulabilidade, «(...) o ato anulável produz[ir] efeitos até que seja declarada a sua invalidade, consolidando-se a eficácia extintiva se o trabalhador não impugnar judicialmente o despedimento» (*ibid*, p. 433).

⁴⁵⁴ Trata-se, recorde-se, da lei aprovada pelo Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho, que se manteve em vigor até 1989 quando foi revogada pela Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro.

⁴⁵⁵ Ver supra, nota de rodapé, n.º 442.

obstante ser esta a letra da lei, doutrina e jurisprudência entendiam, unanimemente, que a faculdade de impugnação do despedimento se encontrava sujeita ao prazo de um ano, através de uma aplicação – duvidosa – do disposto no n.º 1 do artigo 38.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (aprovado pelo Decreto-lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969), relativo à prescrição dos créditos resultantes do contrato de trabalho. De forma a ultrapassar a aparente incongruência entre a definição de um limite temporal para a impugnação do acto e a qualificação legal do mesmo como nulo, estabeleceu-se, também de forma pacífica, que a *nulidade* do artigo 12.º não consubstanciava uma *nulidade stricto sensu*, mas sim uma *invalidade mista*, isto é, uma *nulidade atípica*⁴⁵⁶. Veja-se neste sentido, a título de exemplo, o acórdão do STJ de 4 de Dezembro de 1981, em que se afirma que «[n]ão é absoluta, mas meramente relativa, a nulidade referida neste último preceito [artigo 12º], pelo que a sua arguição terá de ser feita dentro do prazo de um ano a que alude aquele artigo 38, n. 1, sob pena de se ver o contrato como validamente resolvido desde o momento em que se verificou o despedimento»⁴⁵⁷. Donde se conclui que mesmo quando a lei se referia à *nulidade* do despedimento, já doutrina e jurisprudência reconheciam no despedimento infundado um acto meramente *anulável*.

Existe todavia alguma doutrina actual, minoritária, que se pronuncia pela nulidade do despedimento sem justa causa. Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, em anotação ao artigo 53.º da Constituição, afirmam que «(...) a proibição constitucional implica, desde logo, a nulidade dos actos de despedimento sem justa causa e o direito do trabalhador a manter o seu posto de trabalho e a ser reintegrado nele»⁴⁵⁸.

O prazo de 60 dias hoje consagrado no CT – na versão aprovada pela Lei n.º 7/2009 – consubstancia uma alteração radical do disposto na versão anterior

⁴⁵⁶ LEITE, Jorge, e ALMEIDA, F. Jorge Coutinho de, *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 261 e ss.

⁴⁵⁷ Acórdão disponível em www.dgsi.pt, proc. n.º 000217.

⁴⁵⁸ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1993, p. 287.

deste código. A abrupta redução deste prazo parece ser, de acordo com Livro Branco das Relações Laborais de Novembro de 2007, o resultado da simplificação do processo de interposição da acção de impugnação pelo trabalhador, já que para aquele efeito basta ao trabalhador alegar em formulário próprio o despedimento, não carecendo de motivação. Na realidade, como chama a atenção ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, a iniciativa da instauração da acção é do empregador que, na sequência da recepção do requerimento do trabalhador, pode dar início ao processo⁴⁵⁹.

(iv) Em especial:

A faculdade de o empregador requerer a exclusão da reintegração

A faculdade de o empregador requerer a exclusão da reintegração constitui uma das alterações mais relevantes e polémicas ao regime jurídico da cessação do contrato de trabalho introduzidas em 2003, tendo-se mantido na versão de 2009⁴⁶⁰. Como já tivemos oportunidade de referir brevemente acima, o CT prevê a possibilidade de o empregador requerer a exclusão da reintegração do trabalhador em caso de microempresa⁴⁶¹ ou no caso de o trabalhador ocupar um cargo de administração ou de direcção, mediante a prova de que «o regresso do trabalhador [é] gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa»⁴⁶².

⁴⁵⁹ FERNANDES, António Monteiro, *Direito...cit.*, p. 605.

⁴⁶⁰ Note-se que o texto de 2003 se referia a uma faculdade do empregador de *oposição à reintegração* (artigo 438.º, n.º 2), enquanto a redacção de 2009 se refere a uma faculdade de *requerer ao tribunal* a exclusão da reintegração (artigo 392.º, n.º 2), parecendo-nos esta última mais consentânea com a natureza da faculdade reconhecida ao empregador, de um lado e, de outro, com a protecção constitucional da segurança no emprego. Neste sentido, FERNANDES, António Monteiro, *Direito... cit.*, p. 607.

⁴⁶¹ Nos termos do n.º 1 do artigo 100.º do CT, será microempresa aquela que empregue até 10 trabalhadores.

⁴⁶² Note-se que não é reconhecida tal faculdade ao empregador nos casos previstos no n.º 2 do artigo 392.º do CT.

A introdução em 2003 desta faculdade não foi aceite de forma pacífica por toda a doutrina, sendo as dúvidas quanto à bondade desta inovação tanto mais pertinentes por aqui se tratar de uma norma com um âmbito de aplicação particularmente vasto, já que as microempresas compõem uma parte substancial do tecido empresarial português. De facto, se parte aplaudiu a reforma – veja-se LOBO XAVIER⁴⁶³, outros criticaram-na duramente – JÚLIO VIEIRA GOMES afirma que o reconhecimento desta faculdade cria «(...) *um direito do trabalho a duas velocidades, tanto mais perigoso quanto é certo que é frequentemente nas microempresas que os direitos dos trabalhadores são violados com mais intensidade*»⁴⁶⁴. O Autor reconhece aqui um triunfo da *lógica da propriedade* sobre a *lógica da execução do contrato de acordo com as regras da boa fé* que tende a comprometer os direitos dos trabalhadores e a gerar grande incerteza sobre a possibilidade de reintegração⁴⁶⁵. Também JOSÉ JOÃO ABRANTES chama a atenção para o facto de que «(...) *ao admitir a recusa da reintegração, a lei está, no fundo, a conferir tutela a um acto ilícito*»⁴⁶⁶.

Também o Tribunal Constitucional se tem mostrado reticente quanto à compatibilidade de uma tutela meramente ressarcitória do trabalhador ilicitamente despedido com o disposto no artigo 53.º da Constituição, não tendo a respectiva posição sido constante, nem tão pouco reveladora de consenso interno. Assim, em 1988, o Tribunal pronunciou-se no sentido da inconstitucionalidade do direito do empregador de oposição à reintegração, por

⁴⁶³ XAVIER, Bernardo Lobo, *Iniciação...cit.*, p. 465 e ss.

⁴⁶⁴ *Direito... cit.*, vol. I, p. 1028.

⁴⁶⁵ GOMES, Júlio Vieira, *Direito... vol. I, cit.*, p. 1027.

⁴⁶⁶ «O Código de Trabalho e a Constituição», *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, p. 80. Para maiores desenvolvimentos sobre a questão da oposição à reintegração do empregador e a respectiva compatibilidade com o princípio constitucional da segurança no emprego, veja-se JOÃO LEAL AMADO, para quem esta faculdade da entidade empregadora «(...) *não deixa, em todo o caso, de corroer o pilar reintegratório da garantia constitucional da segurança no emprego e de implicar alguma perda de pujança do princípio da invalidade do despedimento contra legem*» («Os efeitos...cit., p. 29). Veja-se também, do mesmo Autor, «Despedimento ilícito e oposição patronal à reintegração: um caso de resolução judicial do contrato de trabalho?», *Temas Laborais*, Coimbra Editora, 2005, p. 133 a 138.

manifesta violação do artigo 53.º da Constituição, com base na ideia de que ao admitir-se tal solução estar-se-ia a permitir que «(...) a entidade patronal sempre pudesse despedir o trabalhador à margem de qualquer “causa constitucionalmente lícita”, bastando-lhe criar, mesmo que artificialmente, as condições objectivas (despedimento ilícito + perturbações da relação laboral=impossibilidade do reatamento de normais relações do trabalho) conducentes à cessação do contrato de trabalho»⁴⁶⁷. Mais recentemente, em 2003, o Tribunal veio a alterar radicalmente a sua posição – ainda que com seis votos de vencido – afirmando «(...) que a norma em análise, ao prever, em certos termos, a oposição, pelo empregador, à reintegração, por o regresso do trabalhador de microempresa, ou que ocupe cargo de administração ou de direcção, ser “gravemente prejudicial e perturbador para a prossecução da actividade empresarial” não é inconstitucional num sistema em que, como o nosso, admite também justas causas objectivas de despedimento (...). Na verdade, nas microempresas, se o reatamento da relação de trabalho importar, numa avaliação objectiva e realizada por uma entidade com garantias de independência, grave prejuízo e perturbação para a prossecução da actividade da empresa, pode, em confronto com este resultado, não ser exigível a subsistência do vínculo contratual, e, assim, a reintegração do trabalhador»⁴⁶⁸. Concluiu finalmente, que o regime em causa «(...) não ameaça de forma desproporcionada a estabilidade do emprego, até porque só pode funcionar procedendo uma decisão judicial, ou seja, rodeada da garantia do juiz – realizando, em termos não censuráveis, uma concordância prática dos interesses em presença, por isso mesmo não ferindo as exigências constitucionais»⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Acórdão n.º 107/88, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

⁴⁶⁸ Acórdão n.º 306/03, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos. Note-se que no texto do acórdão é salientado que a alteração de posição do Tribunal Constitucional, em relação à expressa em 1988, é o resultado também das alterações que sofreu o texto da lei pelo Código de Trabalho quanto a esta matéria, designadamente a introdução de *gradações qualitativas e quantitativas* para a aplicação da medida ressarcitória em detrimento da integrativa, a introdução de um regime indemnizatório diferenciado, bem como o esclarecer da natureza da intervenção do tribunal na determinação da medida, afastando-a de uma mera actuação formal-dedutiva.

⁴⁶⁹ Acórdão n.º 306/03, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

A lei prevê o exercício desta faculdade pelo empregador em apenas dois casos que correspondem a situações em que o processo de despedimento e respectiva posterior impugnação pelo trabalhador podem ter deteriorado de tal forma as relações entre as partes que a manutenção do contrato de trabalho não é exigível, nem tão pouco viável.

No que concerne às microempresas, a fundamentação tradicionalmente apresentada para a solução adoptada pelo CT assenta na natureza tendencialmente familiar daquelas estruturas e no carácter marcadamente fiduciário das relações aí desenvolvidas, semelhante às que se estabelecem no âmbito do serviço doméstico – onde a lei reconhece sempre uma faculdade de oposição à reintegração do empregador em caso de despedimento sem justa causa⁴⁷⁰. JÚLIO VIEIRA GOMES considera que ambos argumentos não são atendíveis, na medida em que, de um lado, a microempresa não poderá ser comparada à realidade do serviço doméstico – a *intimidade do lar* – e, de outro, que a relevância da fiducia nestas relações imporia não só deveres de lealdade e diligência ao trabalhador, mas também ao empregador, designadamente no que diz respeito a uma decisão tão significativa como o despedimento⁴⁷¹. Outros Autores, como MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, referem apenas a *especial intensidade das relações pessoais* entre empregador e trabalhador e a inviabilidade prática de reconstituição do vínculo que daí resultaria, na sequência de um processo como o de despedimento⁴⁷².

No que diz respeito aos trabalhadores que ocupem cargos de direcção e administração, a justificação encontra-se na quebra da relação de confiança que serviu de base à atribuição do cargo em causa ao trabalhador e na impossibilidade da respectiva reconstituição. Adicionalmente, como refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, poder-se-à ainda justificar a solução pela

⁴⁷⁰ Para mais desenvolvimentos sobre a cessação ilícita do contrato de serviço doméstico, veja-se *infra* 3.

⁴⁷¹ *Direito... cit.*, vol. I, p. 1028.

⁴⁷² *Direito...cit.*, Parte II, p. 949.

necessidade de menor tutela destes trabalhadores decorrente da função que ocupam⁴⁷³.

A deterioração da relação laboral deverá revestir-se de um certo grau de gravidade, já que a lei exige que o *regresso do trabalhador* [seja] *gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa*, não relevando a mera inconveniência da reintegração, já que, como salienta JÚLIO VIEIRA GOMES, raros serão os casos em que tal não se verificará⁴⁷⁴. A apreciação do fundamento do pedido do empregador de exclusão da reintegração deverá ser realizada pelo tribunal, como refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, com especial exigência⁴⁷⁵, tendo em conta, em particular, que ao excluir a reintegração o tribunal penaliza o trabalhador por uma circunstância que lhe é alheia (a dimensão reduzida da empresa, no caso de se tratar de microempresa) e que tal exclusão constitui um desvio ao princípio constitucional da segurança no emprego.

Ao tribunal caberá assim a realização de um juízo sobre a viabilidade da relação contratual, determinar se esta ficou irremediavelmente comprometida na sequência de todos os acontecimentos que se seguiram ao despedimento. No fundo, deverá pesar, de um lado, o interesse do empregador de desvinculação e, de outro, o direito do trabalhador ao cumprimento do contrato.

Os tribunais, como salienta JÚLIO VIEIRA GOMES, no juízo de apreciação da oposição, deverão apreciar «(...) *fundamentações de carácter económico e de gestão*»⁴⁷⁶. Ao empregador caberá provar que as relações entre as partes foram de tal forma afectadas que o vínculo não poderá ser mantido.

A introdução deste escape à aplicação do princípio da reintegração surge como uma tentativa – questionável, sob diferentes pontos de vista, designadamente à luz da Constituição – de adequar as regras do CT à

⁴⁷³ *Direito...cit.*, Parte II, p. 950.

⁴⁷⁴ *Direito... cit.*, vol I, p. 1031.

⁴⁷⁵ *Direito...cit.*, Parte II, p. 950 e s.

⁴⁷⁶ *Direito... cit.*, vol. I, p. 1031.

realidade, apresentando uma solução exequível e não meramente aparente à questão do despedimento ilícito.

Importa ainda esclarecer a exacta causa da extinção do contrato na sequência da decisão judicial que dê provimento ao pedido de exclusão de reintegração do empregador. Quanto a esta matéria importa desde logo esclarecer, como chama a atenção ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, que não se trata aqui de reconhecer ou conferir eficácia ao despedimento sem justa causa⁴⁷⁷. A cessação do contrato não resulta da declaração de resolução do empregador. Poderá, consoante a doutrina, ser o resultado do exercício judicial de uma faculdade de o empregador excluir a reintegração ou da sentença que determina tal exclusão. Vejamos.

JOÃO LEAL AMADO entende que, nestes casos, a extinção do contrato não é efeito da decisão judicial, mas sim da oposição à reintegração realizada pelo empregador; tratar-se-á assim de uma resolução patronal do vínculo laboral exercida por via judicial – e não de uma resolução judicial⁴⁷⁸. Como refere o Autor, a situação é semelhante aos casos em que o trabalhador opte por uma indemnização em substituição da reintegração. Declarada a invalidade do despedimento, o contrato cessa, nestes casos, por resolução do trabalhador – exercida judicialmente – que, nas palavras de JÚLIO VIEIRA GOMES, se *apropria* do efeito extintivo do despedimento realizado pelo empregador^{479/480}. Salvo o devido respeito, parece-nos que as duas situações não são comparáveis no que concerne ao exercício do direito de pôr ao fim ao contrato, devendo-se no caso

⁴⁷⁷ *Direito...cit.*, p. 585 e s., nota de rodapé n.º 2.

⁴⁷⁸ «Os efeitos...*cit.*», p. 32.

⁴⁷⁹ GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 1026. Veja-se, também neste sentido, AMADO, João Leal, «Os efeitos...*cit.*», p. 32 e 33.

⁴⁸⁰ Também FURTADO MARTINS entende que, constituindo o acto de despedimento ilícito um acto de incumprimento contratual, confere à contraparte o direito de resolver o contrato e ser indemnizada pelos danos sofridos em virtude do mesmo. Pelo que, ao optar pela indemnização em detrimento da reintegração, o trabalhador está, no fundo, a resolver o contrato, muito embora este acto só produza efeitos na data do trânsito em julgado da sentença que declara a invalidade do despedimento - ainda que, como salienta o Autor, a opção pela compensação seja realizada antes (*Cessação...cit.*, 2012, p. 492 e s.).

de extinção do contrato na sequência do pedido de exclusão da reintegração falar de resolução *judicial*, enquanto no caso de exercício pelo trabalhador da faculdade de optar pela indemnização em substituição da reintegração se deverá falar de resolução do contrato pelo trabalhador *por via judicial*. De facto, no primeiro caso é o tribunal que, ponderados os diferentes interesses em causa, o estado das relações entre as partes na sequência do despedimento, decide se o contrato se deverá manter ou não: o empregador limita-se a *requerer* ao tribunal a exclusão da reintegração, cabendo a este apreciar os factos e excluir, se assim achar conveniente, a reintegração⁴⁸¹. Já no caso do trabalhador que não pretende voltar a reintegrar o antigo posto de trabalho, basta-lhe *optar* pela não reintegração, extinguindo o contrato através do exercício daquela sua faculdade, cabendo ao tribunal apenas a determinação do montante da indemnização, nos termos do n.º 1 do artigo 391.º do CT. Embora o exercício da faculdade seja realizado através dos tribunais, não lhes compete apreciar se o contrato deve ou não ser resolvido, perante os interesses em causa, e, na sequência de tal juízo, fazer cessar o contrato ou não. Parece-nos que este deverá ser o critério de distinção e não como defende JOÃO LEAL AMADO, o critério da possibilidade de o tribunal decidir oficiosamente pela não manutenção do contrato^{482/483}.

⁴⁸¹ A redacção do n.º 2 do artigo 392.º aponta neste sentido quando afirma que «o empregador pode requerer ao tribunal que exclua a reintegração». Veja-se ainda FERNANDES, António Monteiro, *Direito...cit.*, p. 608.

⁴⁸² «Os efeitos...*cit.*, p. 33.

⁴⁸³ Veja-se ainda, a propósito dos efeitos da ilicitude do despedimento, embora no quadro do Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho, e do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, MARTINS, Pedro Furtado, «Despedimento ilícito...*cit.*

3. O despedimento com invocação de justa causa insubsistente no regime do contrato de serviço doméstico

3.1. A eficácia extintiva do despedimento com invocação de justa causa insubsistente

Ainda no que se refere aos efeitos da cessação infundada do contrato de trabalho pelo empregador, merece referência o regime jurídico de um contrato de trabalho *especial*, o contrato de serviço doméstico, constante do Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de Outubro^{484/485}. Este regime jurídico é aplicável, de acordo com o disposto no artigo 2.º do mencionado diploma, às relações de trabalho em que «(...) *uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem, com carácter regular, sob a sua direcção e autoridade, actividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respectivos membros*»⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Tal como alterado pela Declaração de Rectificação n.º 174/92, de 31 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 88/96, de 3 de Julho, e pela Lei n.º 114/99, de 3 de Agosto.

⁴⁸⁵ Atendendo ao objecto do presente estudo optámos por nos cingir, no que diz respeito à análise do contrato de serviço doméstico, ao regime da cessação infundada do mesmo pelo empregador, não abordando assim outros aspectos da respectiva regulação. Para uma análise mais abrangente deste regime, veja-se ALEGRE, Carlos, *Contrato de Serviço Doméstico*, Vega, 1995; SILVA, Filipe Fraústo da, «Serviço doméstico, intimidade e despedimento», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLII, 2001, n.ºs 3 e 4, p. 227 a 311; e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, Almedina, 3.ª ed., 2012, p. 446 e s.

⁴⁸⁶ O legislador optou por delimitar o âmbito de aplicação do regime jurídico do contrato de serviço doméstico, positiva e negativamente. De um lado, acrescentou à definição de contrato de serviço doméstico uma enunciação exemplificativa de actividades reconduzíveis ao tipo em análise (confeção de refeições, lavagem e tratamento de roupas, entre outras) e estendeu a aplicação do regime – com as necessárias adaptações – à prestação das referidas actividades «(...) *a pessoas colectivas de fins não lucrativos, ou a agregados familiares, por conta daquelas, desde que não abrangidas por regime legal ou convencional*» (n.º 2 do artigo 2.º). De outro, excluiu do respectivo âmbito de aplicação «(...) *a prestação de trabalhos com carácter accidental, a execução de uma tarefa concreta de frequência intermitente ou o desempenho de trabalhos domésticos em regime au pair, de autonomia ou de voluntariado social*» (n.º 3 do artigo 2.º). Para mais desenvolvimentos sobre o âmbito de aplicação do regime jurídico do contrato de trabalho doméstico, veja-se SILVA, Filipe Fraústo da, «Serviço doméstico...cit.», p. 276 e ss.

De entre as matérias em que o regime jurídico do contrato de serviço doméstico se afasta do regime geral aplicável ao contrato de trabalho, constante do CT, encontra-se a questão dos efeitos do despedimento quando se verifique «alegação insubsistente de justa causa». O artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 235/92, desviando-se do disposto nos artigos 389.º e ss. do CT, determina que o despedimento com justa causa que «(...) venha judicialmente a ser declarado insubsistente, não havendo acordo quanto à reintegração do trabalhador, confere a este o direito a uma indemnização».

Assim, enquanto o CT prevê que o tribunal, contra a vontade manifestada pelo empregador, ordene a reintegração do trabalhador, aqui, tal hipótese não é admitida. Donde, se concluirá que o despedimento sem justa causa é, no âmbito do contrato de serviço doméstico, eficaz, extinguindo o contrato apesar da respectiva ilicitude. A ilicitude do acto é geradora apenas de responsabilidade do empregador pela prática de um acto contrário à lei, obrigando-o somente a indemnizar o trabalhador, nos termos do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 235/92.

Trata-se pois de um regime substancialmente menos protector do trabalhador, traço que, na realidade, caracteriza o contrato de serviço doméstico e o diferencia do contrato de trabalho comum.

3.2. Fundamentos da especialidade do regime, em particular da subprotecção do trabalhador doméstico

A doutrina justifica tradicionalmente a necessidade de um tratamento diferenciado do contrato de serviço doméstico, recorrendo a um conjunto de elementos que o caracterizariam, entre os quais se encontrariam a natureza familiar, *intuitu personae* da relação laboral, a relevância da confiança e da convivência entre as partes, o carácter não empresarial, não produtivo ou não lucrativo da actividade desenvolvida e ainda o tipo de funções que integram o objecto do contrato.

A pertinência destas características como fundamento da especialidade do contrato de serviço doméstico é todavia questionável, seja porque a respectiva presença no tipo em análise nunca existiu verdadeiramente – como o carácter não empresarial, não lucrativo do serviço, seja porque perderam a actualidade – designadamente a convivência, praticamente inexistente, seja porque os casos de alojamento do trabalhador junto do empregador são cada vez mais raros, seja porque na maioria das vezes o empregador ou a restante família não se encontram em casa aquando da prestação do serviço doméstico.

A lei, actualmente vigente, assenta a necessidade de uma regulação autónoma deste contrato, no seu essencial, na «*natureza especial do contrato de serviço doméstico, gerador de relações com acentuado carácter familiar*» (preâmbulo da Lei n.º 12/92, de 16 de Julho, que autorizou o Governo a rever o regime legal do contrato de serviço doméstico) e «*pessoal que postulam um permanente clima de confiança*» (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 235/92)⁴⁸⁷.

Muito embora a lei se refira à natureza familiar e *intuitu personae* das relações, bem como à confiança, como elementos caracterizadores do contrato de serviço doméstico, o entendimento não é consensual na doutrina. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA vê na suposta natureza familiar do vínculo uma *romantização da realidade*, insusceptível de justificar um regime jurídico diferenciado do contrato de trabalho comum⁴⁸⁸.

Em alternativa, defende FRAÚSTO DA SILVA, com LOBO XAVIER⁴⁸⁹, a protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (do empregador doméstico e da sua família), constitucionalmente consagrado no n.º 1 do artigo 26.º da CRP, como fundamento para um regime jurídico

⁴⁸⁷ De outro lado, refere ainda a «*necessidade de melhoria do estatuto social destes trabalhadores de forma compatível com a especificidade económica dos empregadores*» (preâmbulo da n.º Lei 12/92).

⁴⁸⁸ «Serviço... *cit.*, p. 271. O Autor defende, aliás, neste artigo, que nenhum dos elementos acima referidos é susceptível de justificar a especialidade do contrato de serviço doméstico (*ibid.*, p. 272).

⁴⁸⁹ «A extinção do contrato de trabalho», *Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXXI, 1989, n.ºs 3 e 4, p. 410.

diferenciado do contrato de trabalho comum⁴⁹⁰. O regime jurídico do contrato de serviço doméstico surgiria, na sua especialidade, como o resultado de uma ponderação entre este direito e os direitos, liberdades e garantias do trabalhador, constantes também do texto da Constituição. Para FRAÚSTO DA SILVA a inexistência de uma obrigação de reintegração do trabalhador em caso de despedimento sem justa causa é pois a consequência mais importante da tutela do direito à intimidade da vida privada⁴⁹¹.

Ao reconhecer eficácia ao despedimento sem justa causa, a lei admite, no fundo, a extinção do contrato pelo empregador *ad libitum*, ainda que sancione tal comportamento com a imposição de uma obrigação do empregador de indemnizar o trabalhador⁴⁹². De facto, ao empregador basta opor-se à reintegração, não tendo sequer que fundamentar esta posição. Trata-se aqui, mais uma vez, do resultado de uma ponderação de interesses antagónicos: de um lado, a protecção do trabalhador e a segurança no emprego (artigo 53.º da CRP) e, de outro, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do empregador (artigo 26.º, n.º 1 da CRP). A solução consagrada no artigo 31.º do Decreto-Lei 235/92 revela-nos uma opção clara do legislador de proteger este último em detrimento do primeiro.

4. Extinção do contrato de trabalho do praticante desportivo

Merece ainda a nossa atenção o regime jurídico de um outro contrato de trabalho *especial*, o contrato de trabalho do praticante desportivo, constante da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, tal como alterada pela Lei n.º 114/99, de 3 de

⁴⁹⁰ «Serviço...*cit.*, p. 274.

⁴⁹¹ «Serviço...*cit.*, p. 276.

⁴⁹² Acrescente-se ainda apenas que a lei não exige para a verificação de justa causa a existência de culpa ou ilicitude no comportamento do trabalhador doméstico.

Agosto⁴⁹³. Nos termos da Lei n.º 28/98, o contrato de trabalho desportivo é aquele pelo qual «(...) o praticante desportivo se obriga, mediante retribuição, a prestar actividade desportiva a uma pessoa singular ou colectiva que promova ou participe em actividades desportivas, sob a autoridade e direcção desta» (alínea a) do artigo 2.º).

4.1. O despedimento infundado

No que concerne aos efeitos do despedimento ilícito, retira-se do n.º 2 do artigo 27.º da Lei n.º 28/98 que o legislador optou por consagrar regra idêntica à constante da lei geral do trabalho. O modelo adoptado é pois de tutela reintegratória do trabalhador, sem prejuízo do direito a ser indemnizado pelos danos que tenha vindo a sofrer. O despedimento sem justa causa não produz, portanto, no quadro do contrato de trabalho desportivo, a extinção deste.

Refira-se apenas a posição de alguma doutrina que contesta a adequação da solução adoptada, considerando-a excessiva face às características próprias do contrato de trabalho desportivo, marcado por uma *acentuada personalização* da relação, tendencialmente desenvolvida num pequeno colectivo, e pela relevância da *confiança recíproca e do sentido de equipa*⁴⁹⁴. Por esta razão, a reintegração forçada ao empregador tenderá, segundo aquela orientação, a não proporcionar vantagens reais ao praticante desportivo, por um lado, e, por outro, a revelar-se demasiado lesiva dos interesses da entidade empregadora desportiva, em resultado dos respectivos efeitos negativos no conjunto da equipa, perturbando o ambiente, destabilizando o grupo. Teria pois sido preferível a opção por um modelo de tutela do praticante desportivo

⁴⁹³ Para além da Lei n.º 28/98, aplicam-se a este contrato, subsidiariamente, por força do artigo 9.º do CT e do artigo 3.º daquela Lei, as regras do CT.

⁴⁹⁴ Neste sentido, AMADO, João Leal, *Vinculação versus Liberdade, O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, 2002, p. 302 a 307.

ilicitamente despedido mais próximo do consagrado no quadro do contrato de serviço doméstico, nos termos do qual o vínculo não subsiste em caso de oposição de qualquer uma das partes.

4.2. A demissão infundada

Muito embora tenhamos centrado a nossa análise do regime da resolução sem fundamento do contrato de trabalho na cessação promovida pelo empregador, merece especial nota, no âmbito do contrato de trabalho do praticante desportivo, a cessação infundada por iniciativa do trabalhador.

Segundo JOÃO LEAL AMADO, «(...) a demissão está para a relação laboral desportiva como o despedimento está para a relação laboral comum: em foco, no centro de todas as atenções»⁴⁹⁵. As razões para tal resultam, segundo o Autor, da economia do contrato de trabalho desportivo que torna frequentemente mais apelativo, para a entidade empregadora, a punição do praticante infractor com recurso à aplicação de outras medidas disciplinares, em lugar do despedimento. Constituindo o praticante, para a entidade empregadora, um «activo» que esta pode *negociar* em mercado – ainda que com as limitações decorrentes da necessidade de consentimento do praticante para qualquer operação de cedência – apenas, naturalmente, enquanto o tenha sob contrato, raramente estará disposta a prescindir deste *privilégio contratual*, pondo termo à relação. A decisão de despedimento dependerá pois, não só da gravidade da infracção cometida pelo praticante desportivo, mas do valor de mercado deste⁴⁹⁶. Por

⁴⁹⁵ *Vinculação...cit.*, p. 254.

⁴⁹⁶ *Vinculação...cit.*, p. 239 a 242. Sem prejuízo de concordarmos com as observações do Autor, e salvo o devido respeito, parece-nos que a menor relevância da figura do despedimento não será uma característica própria do contrato de trabalho desportivo, mas sim de qualquer contrato de trabalho em que exista um grau de infungibilidade significativo do trabalhador, por exemplo, em razão da respectiva especialização. Nestes casos o exercício do direito de despedir dependerá sempre de uma ponderação não só da gravidade da infracção cometida pelo trabalhador mas de um outro factor adicional: a possibilidade de substituir de forma adequada

outro lado, a demissão do praticante, em resultado da perturbação significativa que pode gerar na entidade empregadora – *v.g.*, em resultado dos efeitos na equipa, na competição – assume uma importância acrescida, quando comparada com o que sucede no âmbito do contrato de trabalho, em geral, o que se reflecte, como veremos em seguida, no regime jurídico da cessação do contrato de trabalho pelo praticante desportivo⁴⁹⁷.

No regime geral do contrato de trabalho, constante do CT, constatámos que a ausência de justa causa não constitui obstáculo à cessação do contrato de trabalho pelo trabalhador. A extinção *ad libitum* do contrato apenas impõe ao trabalhador o respeito por um prazo de aviso prévio à entidade empregadora (artigo 400.º do CT), cuja violação gera somente uma obrigação de indemnização (artigos 401.º e 399.º do CT). Admite-se, portanto, a cessação do contrato pelo trabalhador com ou sem justa causa^{498/499}.

Ora, no domínio do contrato de trabalho desportivo a solução adoptada parece ser diversa, na medida em que a Lei n.º 28/98 é omissa quanto à possibilidade de o praticante desportivo denunciar o contrato, referindo apenas a hipótese de cessação – «rescisão» – por aquele, mediante a verificação de justa causa (artigo 26.º, n.º 1 da Lei n.º 28/98).

Trata-se de uma limitação significativa da liberdade de desvinculação do trabalhador desportivo, em particular, por contraposição com o regime a que se encontra sujeito o trabalhador *comum*. Os fundamentos apontados pela doutrina para tal residem, por um lado, na dificuldade de substituição do trabalhador desportivo e do conseqüente impacto da respectiva demissão na equipa a que

e em tempo útil o trabalhador em causa. Por outro lado, parece-nos que a questão do valor do *activo desportivo* apenas será relevante em alguns casos pontuais, de algumas modalidades, como por exemplo o futebol e, fora de Portugal, o hóquei ou o basquetebol, entre outros, mas não na maioria dos casos em que o «valor de mercado» dos praticantes desportivos tenderá a não ser significativo.

⁴⁹⁷ *Vinculação...cit.*, p. 254.

⁴⁹⁸ Seja por via da denúncia, seja por via da resolução sem justa causa que gera apenas uma obrigação de indemnizar o empregador pelos danos causados, nos termos do artigo 399.º do CT.

⁴⁹⁹ Veja-se *supra*, capítulo III, §1.4, 2.1., (a).

pertence e, por outro, na protecção da competição desportiva. Ao não admitir a cessação do contrato *ad libitum* pelo trabalhador limitar-se-ia a concorrência entre empresas no que respeita à contratação de praticantes desportivos, permitindo assim assegurar alguma estabilidade dos quadros competitivos⁵⁰⁰.

Note-se todavia que a ilicitude da demissão, resultante da ausência de justa causa, parece não obstar à produção do efeito extintivo do contrato, gerando apenas, nos termos do artigo 27.º, n.º 1 da Lei n.º 28/98, a obrigação de o trabalhador indemnizar a entidade empregadora^{501/502}.

4.3. Outros aspectos relevantes

Finalmente, importa referir, pelo interesse que representam enquanto desvios ao regime geral da cessação do contrato de trabalho por despedimento, as previsões dos artigos 29.º e 30.º da Lei n.º 28/98.

O artigo 29.º, ao determinar que «[a] eficácia da cessação do contrato de trabalho desportivo depende da comunicação às entidades que procedem ao registo obrigatório do contrato, nos termos do disposto no artigo 6.º» (federação desportiva ou liga de clubes)⁵⁰³, introduz um desvio à regra do n.º 7 do artigo 357.º do CT, nos termos do qual o efeito extintivo da declaração de despedimento se produz no momento da recepção da declaração pelo trabalhador.

⁵⁰⁰ Veja-se quanto à constitucionalidade da solução, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Direito...cit.*, p. 774 e s.

⁵⁰¹ Neste sentido, AMADO, João Leal, *Vinculação...cit.*, p. 311, 339 e 344 e s. Veja-se ainda, a propósito da resolução sem justa causa pelo praticante desportivo, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho...cit.*, p. 454.

⁵⁰² Veja-se ainda quanto à fixação contratual da indemnização devida, quanto à possibilidade de determinar como sanção a interdição de competir e, finalmente, quanto à responsabilidade do terceiro que tenha *instigado* o praticante a demitir-se, AMADO, João Leal, *Vinculação...cit.*, p. 310 e ss.

⁵⁰³ A comunicação deve ser realizada «(...) pela parte que promoveu a cessação, com indicação da respectiva forma de extinção do contrato» (artigo 29.º da Lei n.º 28/98).

O n.º 1 do artigo 30.º, por sua vez, estabelece que «[p]ara a solução de quaisquer conflitos de natureza laboral emergentes da celebração de contrato de trabalho desportivo poderão as associações representativas de entidades empregadoras e de praticantes desportivos, por meio de convenção colectiva, estabelecer o recurso à arbitragem, nos termos da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, através da atribuição, para tal efeito, de competência exclusiva ou prévia a comissões arbitrais paritárias, institucionalizadas, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro». Parece pois tratar-se de um desvio ao artigo 387.º do CT nos termos do qual a ilicitude do despedimento só pode ser declarada por tribunal judicial, em acção intentada pelo trabalhador⁵⁰⁴.

5. O despedimento infundado

Conclusões

A proibição constitucional do despedimento sem justa causa, instrumento de garantia da segurança no emprego⁵⁰⁵, impõe a ineficácia do mesmo e, bem assim, a reintegração do trabalhador como efeito-regra da respectiva declaração judicial de ilicitude.

Esta proibição não é, todavia, absoluta, encontrando-se antes sujeita a diferentes excepções, sempre que tal se justifique pela necessidade de tutelar outros interesses legalmente – *maxime*, constitucionalmente – reconhecidos⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Relembre-se que o n.º 1 do artigo 339.º do CT determina que «[o] regime estabelecido no presente capítulo não pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou por contrato de trabalho, salvo o disposto nos números seguintes ou em outra disposição legal».

⁵⁰⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre o princípio da segurança no emprego, veja-se XAVIER, Bernardo Lobo, «A extinção...*cit.*, e «Justa causa de despedimento: conceito e ónus da prova», *Revista Direitos e Estudos Sociais*, Ano XXX (1988), p. 1 a 68.

⁵⁰⁶ Neste sentido, o Tribunal Constitucional afirma: «[n]a mesma linha, referem-se na doutrina situações em que os elementos pessoais da relação de trabalho sejam de tal forma preponderantes que se possa dizer que a imposição da manutenção do vínculo jurídico contra a vontade de um dos sujeitos acabará por se traduzir numa violação inaceitável de outros direitos igualmente dignos de tutela, maxime quando estejam em causa valores também eles constitucionalmente protegidos» (ponto 18 do Acórdão n.º 306/2003, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos). Veja-se ainda XAVIER, Bernardo Lobo, «A extinção...*cit.*, p. 410.

De facto, não raras vezes, a segurança no emprego colide com outros valores protegidos pela ordem jurídica, sendo necessário proceder a uma harmonização dos mesmos, podendo tal operação resultar, a final, no afastamento daquela. Tal é o que sucede nos casos em que a lei admite o despedimento colectivo, o despedimento por extinção do posto de trabalho, mas também nos casos em que admite a substituição da reintegração do trabalhador por uma indemnização, nos termos do artigo 392.º do CT e do regime do contrato de serviço doméstico.

Note-se que a constitucionalidade de tais desvios tem vindo a ser questionada, por referência, essencialmente, ao conceito de justa causa e à questão da admissibilidade de justas causas *objectivas*, tendo a posição do Tribunal Constitucional – globalmente apreciada – evoluído no sentido de uma crescente admissibilidade de outras causas de extinção do contrato de trabalho para além daquela fundada em incumprimento culposos do trabalhador (justa causa *subjectiva*). Assim, se em 1988, o Tribunal se pronunciou pela inconstitucionalidade do «(...) alargamento do conceito de justa causa (...) a factos situações ou circunstâncias objectivos ligados à aplicação do trabalhador ou fundados em motivos económicos, tecnológicos, estruturais ou de mercado, relativos à empresa, estabelecimento e serviços (...)»⁵⁰⁷, em 1991 adoptou a posição diametralmente oposta. Esta orientação, que se tem mantido até aos dias de hoje, assenta na ideia de que «(...) a Constituição não vedou em absoluto a consagração de certas causas de rescisão unilateral do contrato de trabalho pela entidade patronal com base em motivos objectivos, desde que as mesmas não derivem de culpa do empregador ou do trabalhador e que tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral»⁵⁰⁸.

Na realidade, como refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, analisado o conceito de justa causa constante da legislação que, ao longo dos tempos,

⁵⁰⁷ Acórdão n.º 107/88, disponível em ww.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

⁵⁰⁸ Acórdão n.º 64/91, disponível em ww.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos. No mesmo sentido, veja-se o Acórdão n.º 581/95.

regulou a cessação do contrato de trabalho, é possível identificar como núcleo essencial desta figura a *inexigibilidade da manutenção da relação laboral*, aferida perante a situação em concreto⁵⁰⁹. Esta inexigibilidade é apreciada por meio de uma ponderação dos interesses em causa: de um lado, a urgência/necessidade de desvinculação do empregador e, de outro, a conservação do contrato⁵¹⁰. O regime da cessação do contrato de trabalho é o resultado da tensão entre estes dois pólos opostos. Haverá justa causa sempre que os interesses que sustentam a desvinculação, na situação em concreto, se sobreponham ao interesse da estabilidade da relação laboral.

Aquela urgência da desvinculação pode resultar de diferentes factores. Assim, no regime geral do contrato de trabalho, o valor protegido por meio da consagração de um direito do empregador requerer a exclusão da reintegração do trabalhador ilicitamente despedido é um valor económico, relacionado com a viabilidade da empresa e da prossecução da respectiva actividade⁵¹¹. O princípio da protecção da segurança no emprego deverá ceder quando tal se revele necessário no contexto da protecção do funcionamento da empresa. Trata-se aqui da protecção dos interesses da empresa relevante *in casu*, mas também da economia, em geral. De facto, o poder de despedir do empregador constitui, como se sabe, «(...) *uma expressão dos (...) poderes de direcção da empresa, representando uma manifestação do direito de livre iniciativa económica, em especial no que concerne à adequação do volume de emprego às necessidades da empresa*»⁵¹² e, simultaneamente, o reflexo da necessidade de ajustar os recursos humanos às modificações económicas e tecnológicas que vão ocorrendo, seja no que diz

⁵⁰⁹ *Direito... cit.*, p. 587 e ss.

⁵¹⁰ Como salienta TIMBANE, «[n]o *Direito do Trabalho* existem dois princípios de sinal oposto mas que atravessam toda a dinâmica dos contratos de trabalho e inspiram toda a regulamentação da matéria da cessação dos contratos de trabalho. O princípio da liberdade de desvinculação, que se funda na autonomia da vontade, e o princípio da estabilidade ou segurança no emprego, o qual encontra a sua justificação na necessidade de proteger o trabalhador» (*A Rescisão... cit.*, p. 46).

⁵¹¹ Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação... cit.*, p. 506, bem como o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 306/03, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

⁵¹² MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação... cit.*, 2012, p. 14.

respeito ao volume da mão de obra empregada, seja no que concerne às alterações provocadas pelo progresso tecnológico⁵¹³.

No caso do contrato de serviço doméstico, trata-se, como vimos, da protecção de um outro valor, também constitucionalmente consagrado, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Nestes casos, a resolução ainda que infundada é, por força de disposição legal, eficaz. Em consequência é afastada a garantia da segurança no emprego e a tutela do trabalhador assume uma forma meramente ressarcitória, ficando o empregador obrigado apenas ao pagamento de uma indemnização.

É também o resultado desta ponderação entre o princípio da segurança no emprego e o princípio da autonomia privada, concretizado na liberdade de desvinculação do empregador, que encontramos na opção legislativa de sancionar o despedimento infundado com a anulabilidade, admitindo a respectiva convalidação mediante o decurso de um prazo de 60 dias. Não obstante se encontrar em causa a violação de um preceito constitucional, a ponderação dos interesses presentes conduziu o legislador a introduzir um limite temporal ao exercício da faculdade de impugnação do despedimento. À protecção da estabilidade do vínculo laboral contrapôs-se a necessidade de proteger a prossecução regular da actividade empresarial, que se encontraria gravemente comprometida pela incerteza que resultaria da faculdade do trabalhador poder, a qualquer momento, impugnar o despedimento, ainda que tivessem decorrido anos sobre a respectiva declaração. De facto, como se sabe, restrições excessivas ao exercício do direito de desvinculação do empregador podem ter um efeito pernicioso sobre o trabalhador, cuja protecção, a final, se pretendia reforçar⁵¹⁴.

⁵¹³ MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação... cit.*, 2012, p. 14 e s.

⁵¹⁴ Ver por todos, neste sentido, MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação... cit.*, 2012, p. 16.

§1.5. A RESOLUÇÃO INFUNDADA NO CONTRATO DE AGÊNCIA

1. Nota introdutória

Os contratos de distribuição comercial⁵¹⁵

A partir de meados do século XIX, o aumento da produtividade, resultante do incremento da indústria, bem como o alargamento dos mercados impuseram uma alteração do modelo tradicional de distribuição de bens e serviços. Face à incapacidade de prover directamente à distribuição dos respectivos bens, produtores e/ou prestadores de serviços procederam à autonomização da função distributiva – em relação à produtiva – criando redes de intermediários que assegurassem a adequada disseminação dos seus produtos, estabelecendo a necessária ligação com os consumidores. Estes terceiros-intermediários dedicam-se pois à distribuição comercial, entendida como «(...) o conjunto de actividades de intermediação que permitem ao produtor atingir o consumidor»⁵¹⁶.

Os contratos de distribuição comercial surgem, neste quadro, como o instrumento jurídico regulador da relação entre produtor e distribuidor, com vista à comercialização dos bens e/ou serviços do primeiro⁵¹⁷, caracterizando-se, essencialmente, pelo seu carácter *duradouro* e *estável*⁵¹⁸.

Existem diferentes modalidades de contratos de distribuição, sendo as mais comuns os contratos de agência, franquia, comissão, concessão comercial⁵¹⁹ e mediação. De entre estas, interessa-nos, em particular, o contrato

⁵¹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o contrato de distribuição comercial veja-se MONTEIRO, António Pinto, *Direito Comercial...cit.* e ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 2.ª reimp. da edição de 2009, Almedina, 2012, p. 435 e ss

⁵¹⁶ BRITO, Maria Helena, «O Contrato de agência», Separata de *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, 1988, p. 109.

⁵¹⁷ ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito... cit.*, p. 435.

⁵¹⁸ BRITO, Maria Helena, «O Contrato... cit.», p. 109.

⁵¹⁹ Para mais desenvolvimentos sobre o contrato de concessão comercial, veja-se BRITO, Maria Helena, *O Contrato de Concessão Comercial. Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato*

de agência por se tratar do único legalmente tipificado e regulado no Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril⁵²⁰.

O regime constante do Decreto-Lei n.º 178/86 assume pois especial relevância, não só por o recurso à figura do contrato de agência ser frequente, mas também porque, na ausência de regime próprio, a doutrina e a jurisprudência seguem-no como matriz para a regulação de outros contratos de distribuição comercial – legalmente atípicos – admitindo amiúde a respectiva aplicação analógica a outras modalidades de distribuição comercial⁵²¹.

2. A cessação do contrato de agência

O contrato de agência é «(...) o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes» (n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 178/86)⁵²². Trata-se de um contrato

socialmente típico, Almedina, 1990; VIEIRA, José Alberto, *O Contrato de Concessão Comercial*, reimp. da edição de 1991, Coimbra Editora, 2006; e MONTEIRO, António Pinto, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra Editora, 1998.

⁵²⁰ O Decreto-Lei n.º 118/93 veio transpor para a ordem jurídica nacional a Directiva 86/653/CE, de 18 de Dezembro, que procedeu a uma harmonização dos Direitos dos Estados membros na matéria.

⁵²¹ Veja-se, neste sentido, o acórdão do STJ de 11.11.2010, proc. n.º 4749/03.8TVPRT.P1.S1 (disponível em www.dgsi.pt) e o acórdão da Relação do Porto de 27 de Junho de 1995 (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, p. 119). Note-se que o próprio preâmbulo do Decreto-lei n.º 178/86 refere esta vocação de aplicação analógica do regime da agência a outros contratos, designadamente ao contrato de concessão comercial: «[é] neste sentido que logo no artigo 1.º do presente diploma se define a agência, em ordem a salientar os traços fundamentais que caracterizam o contrato, procurando desfazer-se equívocos com outras figuras, mormente com os contratos de comissão de mediação e de concessão. Relativamente a este último, detecta-se no direito comparado uma certa tendência para o manter como contrato atípico, ao mesmo tempo que se vem pondo em relevo a necessidade de se lhe aplicar, por analogia - quando e na medida em que ela se verifique -, o regime da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato». Referindo a aplicação do regime do contrato de agência, em particular, aos contratos de concessão e franquias, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, vol. II, I, p. 531.

⁵²² Para mais desenvolvimentos sobre o contrato de agência, veja-se BRITO, Maria Helena, «O Contrato...cit.»; BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações...cit.*; ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito...cit.*, p. 439 e ss.; MONTEIRO, António Pinto, *Contrato...cit.* e anotação ao acórdão do tribunal da

frequentemente utilizado como meio de distribuição de produtos ou de prestação de serviços, em alternativa, designadamente, ao contrato de trabalho. Com efeito, as vantagens que o regime do contrato de agência oferece em termos de flexibilidade, quando comparado com o regime do contrato de trabalho, tornam não raras vezes mais apetecível o recurso àquele em detrimento deste.

Muito embora as causas de cessação do contrato de agência coincidam com as do regime geral de cessação dos contratos – acordo das partes, caducidade, denúncia ou resolução (artigo 24.º), o seu regime reveste-se de algumas particularidades. Estas são o reflexo da natureza da relação em causa, bem como do respectivo objecto, mas também de uma preocupação de tutela do agente, especialmente visível nas condições de admissibilidade de cessação do contrato pelo principal, de um lado e, de outro, na figura da indemnização de clientela⁵²³.

2.1. A resolução

No que à resolução concerne, determina o artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 178/86 que qualquer das partes pode resolver o contrato «a) *Se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual; b) Se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia*».

Relação do Porto, de 27.06.1995, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 130, p. 119 a 128; e BOTELHO, João, *Contrato de Agência: notas de jurisprudência*, Petrony, 2010.

⁵²³ Neste sentido, BRITO, Maria Helena, «O Contrato...*cit.*», p. 128 e ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito...cit.*, p. 445.

A resolução exerce-se extrajudicialmente, por meio de declaração escrita, no prazo de um mês após o conhecimento dos factos que a justificam, devendo a parte que exerce o direito indicar as razões em que o fundamenta (artigo 31.º).

Ao direito de resolução exercido com fundamento na alínea a) do artigo 30.º, acresce um direito de indemnização, nos termos do artigo 32.º, que corresponde ao direito de indemnização conferido ao credor, vítima de incumprimento, em geral, nos termos do artigo 798.º do CC ou 801.º, n.º 2. Inscrevem-se nesta alínea os casos de incumprimento culposo do contrato. Ao direito de resolução exercido com fundamento na alínea b) do artigo 30.º, acresce um direito de indemnização segundo a equidade (artigo 32.º). Esta alínea b) abrange as circunstâncias que não sejam imputáveis a qualquer uma das partes, correspondendo, em suma, à justa causa objectiva.

2.2. Breve referência à indemnização de clientela⁵²⁴

Em caso de cessação do contrato, independentemente da causa e de qualquer outra forma de indemnização, o agente terá ainda direito à *indemnização de clientela* (artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86).

Esta deve ser entendida, de um lado, no quadro da relação que subjaz ao contrato de agência, caracterizada por uma *colaboração estreita* entre as partes, propensa à criação de *dependências*, e, de outro, à luz da necessidade de se prever uma compensação do agente pelos benefícios que o principal venha a retirar da sua actividade depois de extinto o contrato.

A indemnização de clientela não visa assim reparar prejuízos sofridos pelo agente com a cessação do contrato – por isso se pode dizer que não é, em

⁵²⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o tema, veja-se CUNHA, Carolina, «A Indemnização de Clientela do Agente Comercial», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra Editora, 2003; LEITÃO, Luís Menezes, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Almedina, 2006; e MONTEIRO, António Pinto, *Contrato...cit.*, p. 142 e ss. e *Denúncia...cit.*, p. 75 e ss. Na jurisprudência veja-se, entre outros, o acórdão do STJ de 14.06.2011, proc. n.º 4883/05.04TVLSB.L1.S1 (disponível em www.dgsi.pt).

sentido próprio, uma *indenização*. Surge como uma compensação (remuneração) pela vantagem obtida pelo principal (incremento da clientela ou do volume de negócios). Procura-se com este instrumento preservar o equilíbrio contratual, repartindo entre o agente e o principal os benefícios que se projectem após a cessação do contrato e que resultem da actividade desenvolvida pelo agente durante a sua vigência⁵²⁵.

3. A resolução infundada

Muito embora o regime do contrato de agência não contenha uma disposição que esclareça os efeitos da resolução quando emitida sem fundamento, encontramos alguma literatura sobre a matéria, cujo interesse é acrescido pelo facto de, como já referimos, o regime do contrato de agência ser aplicado frequentemente a outros contratos de distribuição.

A questão foi inicialmente abordada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO que, em anotação a um acórdão de 1995 da Relação do Porto⁵²⁶, perante um caso de resolução infundada, apresenta duas soluções alternativas: de um lado, a manutenção do contrato, acompanhada do direito da parte a quem a declaração foi dirigida a ser indemnizada pelo período em que o contrato esteve suspenso; de outro, a cessação do contrato, traduzindo-se a resolução sem fundamento numa situação de incumprimento, geradora de responsabilidade civil⁵²⁷.

Como tivermos oportunidade de referir anteriormente⁵²⁸, muito embora reconhecendo que, do ponto de vista dos princípios, a primeira solução é preferível, o Autor defende a aplicação da segunda. Assim, não obstante a

⁵²⁵ Neste sentido, o acórdão do STJ de 11.11.2010, proc. n.º 4749/03.8TVPRT.P1.S1 (disponível em www.dgsi.pt).

⁵²⁶ MONTEIRO, António Pinto, anotação...*cit.*, p. 128.

⁵²⁷ MONTEIRO, António Pinto, *Contrato...cit.*, p. 110.

⁵²⁸ A orientação defendida pelo Autor foi objecto de análise *supra* no capítulo I, §2.2, 2.1, (a).

ausência de fundamento, o contrato extinguir-se-ia, sendo apenas devida à contraparte uma indemnização com fundamento em não cumprimento.

São vários os argumentos apresentados por PINTO MONTEIRO, interessando-nos aqui, em especial, a equiparação proposta pelo Autor da resolução sem fundamento à denúncia realizada sem respeito pelo pré-aviso imposto⁵²⁹. Ora esta, por força do disposto no n.º 1 do artigo 29.º, produz os seus efeitos, gerando apenas uma obrigação de indemnizar. Claro está, reconhece PINTO MONTEIRO, que esta solução – de equiparação da resolução infundada à denúncia – apenas seria aplicável nos casos em que o contrato fosse de duração indeterminada⁵³⁰.

A posição de PINTO MONTEIRO não é consensual na doutrina, tendo-se pronunciado em sentido contrário, designadamente LACERDA BARATA e PAULO MOTA PINTO⁵³¹.

LACERDA BARATA defende a ineficácia da declaração de resolução infundada e a conseqüente manutenção do vínculo. Refere ainda que a «suspensão» da relação, que de facto possa ocorrer, poderá constituir o autor da declaração de resolução na obrigação de indemnizar pelos danos daí resultantes. Muito embora reconhecendo as dificuldades que, na prática, tal orientação possa suscitar, entende ser esta a melhor solução, em razão do carácter ilícito do exercício do direito de resolução sem fundamento. Outra solução traduzir-se-ia em permitir que, com a violação da lei, se obtivesse o resultado que esta admite apenas mediante a sua observância. No que concerne à proposta de equiparação entre a resolução sem fundamento e a denúncia, LACERDA BARATA salienta que esta terá sempre uma incidência parcial, já que

⁵²⁹ MONTEIRO, António Pinto, *Direito...cit.*, p. 149 e s.

⁵³⁰ MONTEIRO, António Pinto, *anotação...cit.*, p. 128, nota de rodapé n.º 75.

⁵³¹ *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1674 e ss., nota de rodapé n.º 4861. Para mais desenvolvimentos sobre a posição do Autor veja-se *supra* capítulo I, §2.2, 2.1, (b).

apenas será válida para os casos em que o contrato tenha duração indeterminada⁵³².

§1.6. A INSOLVÊNCIA

1. Enquadramento

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado em Março de 2004, pelo Decreto-Lei n.º 53/2004^{533/534}, reproduzia até à revisão operada pela Lei n.º 16/2012⁵³⁵, no essencial, a lei alemã da insolvência – *Insolvenzordnung* de 5 de Outubro de 1994. Tal resultou numa orientação marcadamente liberal do regime consagrado, visível, designadamente, na principal consequência da insolvência, por força da qual os credores passam a ser proprietários da empresa-devedor. A desjudicialização do processo – dispensou-se a intervenção do tribunal na decisão relativa ao destino da empresa, por um lado e, por outro, o poder conferido àqueles que tornam possível conduzir o destino da empresa em função, exclusivamente, de interesses privados, foram outros dois efeitos daquela orientação.

⁵³² BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações...cit.*, p. 79 e s.

⁵³³ O Decreto-Lei 53/2004 sofreu alterações significativas logo em Agosto de 2004, pelo Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de Agosto, e posteriormente pelos Decretos-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, 282/2007, de 7 de Agosto, 116/2008, de 4 de Julho, 185/2009, de 12 de Agosto, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009, de 2 de Abril, que declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da alínea b) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE, e, finalmente, pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril.

⁵³⁴ Encontrando-se uma análise compreensiva do regime da insolvência e da recuperação de empresas claramente para além do objecto do presente estudo, para uma perspectiva do regime no seu todo veja-se: ASCENSÃO, José de Oliveira, «Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em curso», *Themis*, 2005, p. 105 a 130; VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, «O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano III, 2006, p. 521 a 559; MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Almedina, 2008; SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência*, 4.ª ed, Almedina, 2010 e *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra Editora, 2009; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 4ª ed., Almedina, 2012; e EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª ed., Almedina, 2012.

⁵³⁵ A alteração operada pela Lei n.º 16/2012 veio, como veremos adiante, trazer novas influências ao regime da insolvência nacional, designadamente do Direito norte-americano.

No que ao confronto com a lei anteriormente vigente concerne, o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, o CIRE, *antes* da revisão operada pela Lei n.º 16/2012, consagrava um regime substancialmente diverso, fruto, em particular, da eliminação do primado da recuperação da empresa sobre a respectiva liquidação. O processo de insolvência era, antes da última alteração ao Código, um processo de execução universal que tinha como finalidade a *liquidação* do património do devedor insolvente e a repartição do produto pelos credores⁵³⁶. Note-se apenas que, muito embora a *liquidação* fosse claramente apresentada como resposta-regra à insolvência, a lei admitia, mesmo antes da revisão de 2012, a satisfação dos credores por outra via – a propor num plano de insolvência – que podia, designadamente, consistir na recuperação da empresa.

A Lei n.º 16/2012 veio alterar novamente o paradigma consagrado, como resulta claramente da nova redação do n.º 1 do artigo 1.º, nos termos do qual o *«processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores»*. Regressa-se, portanto, a um sistema que procura privilegiar a recuperação da empresa sobre a liquidação da mesma.

Essencial neste novo modelo é a introdução de um instrumento, o processo especial de revitalização (PER), que procura potenciar a recuperação do devedor que *«se encontre em situação difícil ou em situação de insolvência iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação»* (n.º 1, artigo 17.º-A do CIRE). Este instrumento, inspirado no capítulo 11 do Código da Insolvência

⁵³⁶ Veja-se, a propósito das sucessivas mudanças de paradigma em Portugal até à última alteração do CIRE em 2012 – da falência-liquidação à falência-saneamento e o regresso ao primeiro modelo com o CIRE, posteriormente atenuado após a revisão efectuada pela Lei n.º 16/2012 – LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 47 a 77.

norte-americano⁵³⁷, encontra-se regulado num novo capítulo II do CIRE (artigos 17.º-A a 17.º-I).

2. Os efeitos da declaração de insolvência

A insolvência é, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do CIRE, a situação de impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações vencidas⁵³⁸. O processo, por sua vez, inicia-se com a declaração de insolvência do devedor⁵³⁹ que assume assim importância capital, desencadeando um conjunto de efeitos que nos interessa agora analisar⁵⁴⁰.

Distingue-se, quanto aos efeitos da declaração de insolvência, os *efeitos sobre o devedor e outras pessoas*, os *efeitos processuais*, os *efeitos sobre os créditos*, os *efeitos sobre os negócios em curso e a resolução em benefício da massa insolvente*⁵⁴¹. Interessam-nos aqui as duas últimas categorias de efeitos enunciadas.

Antes de dar início a esta análise, importa lembrar a tendencial conformação do regime do CIRE com um princípio de tratamento paritário dos credores. A maioria dos efeitos da declaração de insolvência, regulados no título IV do CIRE, visa, em geral, garantir a satisfação *paritária* dos interesses dos credores. Os direitos *naturais* dos credores ficam, na sequência da

⁵³⁷ O capítulo 11 do Código de Insolvência norte-americano, que tem por epígrafe «*Reorganization*», privilegia a preservação do negócio do devedor, através de uma reorganização do mesmo por meio da elaboração e execução de um plano de reestruturação financeira. O texto integral do capítulo encontra-se disponível no <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>.

⁵³⁸ O n.º 2 deste mesmo artigo esclarece que, quando estejam em causa pessoas jurídicas ou patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responde pessoal e ilimitadamente, a insolvência é também a situação de superioridade manifesta do passivo sobre o activo. Para mais desenvolvimentos sobre a *situação de insolvência*, veja-se LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência..cit.*, 4.ª ed., p. 79 e ss.

⁵³⁹ Têm legitimidade para emitir esta declaração não só o devedor, como qualquer credor ou ainda, entre outros, o Ministério Público (artigos 19.º e 20.º do CIRE).

⁵⁴⁰ Note-se que esta declaração é objecto de registo officioso na conservatória do registo civil e/ou comercial, nos termos do disposto no artigo 38.º do CIRE, sendo igualmente inscrita no registo predial relativamente aos bens que integrem a massa insolvente (n.º 3 do artigo 38.º).

⁵⁴¹ Os efeitos da declaração de insolvência quanto aos contratos de trabalho e à relação laboral regem-se pela lei aplicável ao contrato de trabalho (art. 277.º do CIRE).

declaração de insolvência, limitados, por força de uma exigência de justiça distributiva que impõe a repartição do sacrifício entre credores, uma espécie de *solidariedade económica*. O processo de insolvência não procura portanto a satisfação do direito individual de cada credor, mas o tratamento igualitário de todos, dada a probabilidade da impossibilidade da respectiva satisfação integral⁵⁴².

2.1. A faculdade de recusar o cumprimento nos negócios em curso

Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso encontram-se regulados no capítulo IV do título IV do CIRE (arts. 102.º e ss.). O artigo 102.º contém uma norma geral, seguindo-se-lhe depois uma regulação casuística que tem por objecto alguns contratos em especial (artigos 104.º a 118.º).

A regra geral, constante do n.º 1 do artigo 102.º, determina que o cumprimento dos negócios em curso fica suspenso até que o administrador de insolvência declare optar pela respectiva execução ou recusar o cumprimento.

(a) Âmbito de aplicação

O *negócio em curso* é definido como «qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte» (n.º 1 do artigo 102.º). Trata-se, portanto, de qualquer contrato que ainda não se encontre cumprido por *ambas* as partes, o que, desde logo, limita de forma significativa o campo de aplicação da disposição.

O artigo suscita de imediato duas questões.

A primeira resulta da consagração de um regime que privilegia o interesse do credor-cumpridor sobre o dos demais. Ao impor o cumprimento do contrato

⁵⁴² Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 180.

ou a respectiva aceitação, sempre que a contraparte já tenha cumprido, *independentemente* dos efeitos na massa insolvente, o CIRE favorece o credor-cumpridor em detrimento dos restantes e limita significativamente a liberdade do administrador de insolvência⁵⁴³.

Por outro lado, a letra da lei ao escolher a expressão *contratos bilaterais*, parece excluir do respectivo âmbito de aplicação tanto os negócios jurídicos unilaterais – v.g., a proposta, a promessa pública –, como os contratos unilaterais, limitando assim substancialmente o alcance do preceito. Procurando contrariar este efeito, alguma doutrina defende a respectiva aplicação analógica também àqueles negócios⁵⁴⁴.

(b) Efeitos: a faculdade de o administrador de insolvência optar pela execução ou recusar o cumprimento

(i) Suspensão, manutenção, extinção e redução dos negócios em curso

Em consequência da declaração de insolvência, o cumprimento do contrato *em curso* suspende-se até que «o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento» (artigo 102.º, n.º 1).

Este efeito suspensivo, automático, da declaração de insolvência não é, ao contrário do que poderia resultar da leitura do artigo 102.º, consequência necessária para todos os negócios em curso.

⁵⁴³ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira, «Insolvência...*cit.*, p. 112 e s.

⁵⁴⁴ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que «[a] comum natureza de negócio jurídico, associada à ratio legis [que o Autor identifica com o assegurar de um tempo de espera «(...) em que se pondera se o cumprimento é ou não benéfico para a situação decorrente da insolvência (...)], ampara bem esta solução» («Insolvência...*cit.*, p. 111 e s.). Contra, LEITÃO, Luís Menezes, considerando que a analogia não se justifica (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6.ª ed., Almedina, 2012, p. 133 e *Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed, p. 179 e s., nota de rodapé n.º 235).

De facto, em alternativa à suspensão, casos há em que os negócios em curso se mantêm, *automaticamente*⁵⁴⁵.

Assim, não se suspende o contrato de locação quando o insolvente seja o locatário (artigo 108.º, n.º 1). Prevê-se todavia a possibilidade de o administrador de insolvência o resolver mediante um pré-aviso de 60 dias (artigo 108.º, n.º 1). Também em caso de insolvência do locador não se suspende o contrato, porventura como medida de protecção do locatário (artigo 109.º). O mesmo sucede com o contrato de trabalho, em caso de insolvência do trabalhador (artigo 113.º, n.º 1), bem como em caso de insolvência do devedor – singular – num contrato de prestação de serviços (artigo 114.º). Se se tratar de um contrato de execução duradoura, aplica-se o artigo 111.º, nos termos do qual qualquer uma das partes pode, na sequência da declaração de insolvência, denunciar o contrato⁵⁴⁶.

A declaração de insolvência gera ainda a *extinção* de certos *negócios em curso*. Assim, no caso das *operações a prazo* cujo prazo se vença depois da declaração, não pode a respectiva execução ser exigida por nenhuma das partes (artigo 107.º). Os contratos de mandato e de gestão caducam com aquela declaração, ainda que também tenham sido conferidos no interesse do mandatário ou de terceiro, sem que o mandatário tenha direito a indemnização (artigo 110.º)⁵⁴⁷. Extinguem-se igualmente os contratos de conta corrente e a associação em participação (artigos 116.º e 117.º).

Refira-se, por último, o regime de *redução* aplicável à cessão e penhor de créditos futuros do insolvente, pessoa singular. Nos termos do artigo 115.º a

⁵⁴⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO fala de *manutenção automática* («Insolvência...cit.», p. 113).

⁵⁴⁶ Pode ainda referir-se o artigo 118.º – ainda que não se trate de um *feito sobre um negócio em curso*, mas sobre uma pessoa colectiva, muito embora o legislador o tenha inserido no capítulo IV do CIRE – nos termos do qual a insolvência de algum dos membros de um agrupamento, seja complementar de empresas, seja europeu de interesse económico, não provoca a respectiva dissolução, podendo todavia o membro insolvente exonerar-se.

⁵⁴⁷ O n.º 2 do artigo 110.º prevê algumas excepções em que estes contratos se mantêm por um certo período ainda após a declaração de insolvência.

eficácia destes negócios será reduzida, consoante o caso, até um período máximo de 24 meses após a data da declaração de insolvência.

Face ao exposto, conclui-se que a regra do artigo 102.º, da suspensão dos negócios em curso, tem natureza subsidiária: aplicar-se-á apenas quando o negócio não se encontre sujeito a um regime especial, de manutenção, extinção ou redução.

(ii) Exercício da faculdade

O administrador deverá optar pela execução ou recusar o cumprimento em conformidade com o princípio geral de maximização da satisfação dos credores da massa insolvente que deve nortear, a todo o tempo, a sua actuação. Assim, consoante o que melhor servir a massa, deve o administrador escolher entre o cumprimento do contrato celebrado pelo insolvente e a respectiva recusa.

A atribuição desta faculdade ao administrador da insolvência encontra o seu fundamento no princípio de tratamento paritário dos credores, já que se o insolvente se encontrasse obrigado a cumprir os contratos em curso, tal equivaleria a privilegiar a satisfação de uns em detrimento de outros⁵⁴⁸.

Tratando-se de contrato bilateral, caso o administrador recuse o cumprimento, o sinalagma impõe a libertação da contraparte do cumprimento.

O cumprimento pode, não obstante, ser em alguns casos mais benéfico para a massa insolvente do que o não cumprimento, razão pela qual se concede ao administrador de insolvência a faculdade de optar entre estas duas formas de acção.

Esta faculdade do administrador de insolvência encontra-se expressamente limitada no n.º 4 do artigo 102.º que qualifica como abusiva a

⁵⁴⁸ Neste sentido veja-se, por todos, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 180.

opção pelo cumprimento se este for *manifestamente improvável*. Nestes casos, existe, afirma OLIVEIRA ASCENSÃO, um verdadeiro *dever de recusar o cumprimento*⁵⁴⁹.

Refira-se finalmente que, constituindo a suspensão, em regra, um encargo para a contraparte, concede a lei ao credor a faculdade de fixar um prazo para exercício da opção pelo administrador, findo o qual o cumprimento será tido como recusado (n.º 2 do artigo 102.º).

(c) As consequências da recusa de cumprimento

O n.º 3 do artigo 102.º define, embora de forma pouco feliz e clara, as consequências do exercício da faculdade de recusar o cumprimento⁵⁵⁰.

A primeira, constante da alínea a), determina que nenhuma das partes tem direito ao que já tiver prestado. De forma a preservar a coerência interna do n.º 3, deve esta alínea a) ser interpretada restritivamente, limitando-se o direito à restituição *em espécie*. Isto porque, a alínea c) do mesmo número confere à contraparte um direito de restituição, sob a forma de crédito sobre a insolvência, da diferença de valor entre as prestações na parte em que não tenham sido cumpridas^{551/552}.

A alínea b), por seu turno, confere à massa insolvente o direito de exigir a diferença de valor entre as prestações na parte em que não tenham sido cumpridas.

⁵⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, «Insolvência...*cit.*», p. 119.

⁵⁵⁰ Veja-se, em particular quanto às consequências da recusa do cumprimento por parte do administrador de um contrato promessa de compra e venda, VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, «Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Janeiro/Março de 2011, p. 3 a 29.

⁵⁵¹ A alínea c) confere à «*outra parte o direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada*».

⁵⁵² Neste sentido, SERRA, Catarina, *O Novo...cit.*, p. 84.

A alínea d) regula o direito à indemnização pelos prejuízos não abrangidos pelo direito de crédito conferido pela alínea c). Trata-se de um direito particularmente limitado, na medida em que: «i) Apenas existe até ao valor da obrigação eventualmente imposta nos termos da alínea b); ii) É abatido do quantitativo a que a outra parte tenha direito, por aplicação da alínea c); iii) Constitui crédito sobre a insolvência». Assim, o direito à indemnização não poderá ser superior ao direito de restituição que a massa insolvente tenha sobre a contraparte nos termos da alínea b). Por outro lado, a massa insolvente pode, nos termos da alínea e), exercer o direito de compensação sobre o montante a que a contraparte teria nos termos da alínea c): o direito de indemnização poderá assim ser consumido por este direito, só não o sendo se lhe for superior. Finalmente, se existir um direito de indemnização pelos prejuízos causados, este tomará a forma de crédito sobre a insolvência, donde a massa nunca terá, de facto, de realizar um pagamento. Acresce que a natureza de crédito sobre a *insolvência* tem como consequência que não gozará da mesma prioridade de satisfação dos créditos da massa.

Em resultado do grau das limitações impostas a este direito de indemnização que, praticamente, acabam por o excluir, alguma doutrina sugere a respectiva eliminação, deixando-se actuar os princípios gerais da responsabilidade civil que, em resultado da licitude do exercício do direito de recusa de cumprimento, redundariam na inexistência de um direito de indemnização⁵⁵³.

Analisado o regime da recusa de cumprir, pode-se questionar se esta, na realidade, consubstancia uma forma de resolução. O CIRE parece rejeitar esta hipótese, na medida em que reserva o termo para a *resolução em benefício da massa insolvente*. OLIVEIRA ASCENSÃO defende que a relutância em qualificar como resolução esta faculdade do administrador de insolvência resulta apenas

⁵⁵³ Neste sentido, SERRA, Catarina, *O Novo...cit.*, p. 87.

de a resolução ser, tendencialmente, retroactiva e aqui tal eficácia não se adequar⁵⁵⁴.

(d) A imperatividade do regime

Refira-se ainda, o n.º 1 do artigo 119.º que determina a imperatividade do regime dos efeitos da insolvência sobre os negócios em curso (artigos 102.º a 118.º). O n.º 2, por sua vez, estabelece que a insolvência não pode ser configurada como condição resolutiva de um negócio ou como facto gerador de um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia. Tal não obsta, esclarece o n.º 3, a que a insolvência possa consubstanciar justa causa de resolução ou de denúncia de um negócio *em atenção à natureza e conteúdo das prestações contratuais*⁵⁵⁵.

2.2. A resolução em benefício da massa insolvente⁵⁵⁶

A resolução surge, no capítulo V do título IV do CIRE, como um instrumento de protecção da massa insolvente, permitindo o afastamento de actos praticados antes da declaração de insolvência – já que os praticados posteriormente serão, em regra, ineficazes, nos termos do n.º 6 do artigo 81.º –, tidos como prejudiciais. Esta faculdade de cessação unilateral, como veremos adiante, assume contornos próprios que a afastam, em alguns aspectos, do regime da resolução constante do artigo 432.º e ss. do CC.

⁵⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, «Insolvência...cit.», p. 120.

⁵⁵⁵ Veja-se, quanto à relação entre os n.ºs 1, 2 e 3, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 217 e *Código da Insolvência...cit.*, 149.

⁵⁵⁶ Para mais desenvolvimentos veja-se MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Almedina, 2008.

(a) Âmbito de aplicação e requisitos de exercício

Na versão anterior à Lei n.º 16/2012, o n.º 1 do artigo 120.º mencionava de forma expressa, que a resolução podia ser exercida tanto em relação a actos como omissões, dividindo-se a doutrina quanto ao alcance da referência a «omissões». Assim, parte entendia que pela dificuldade que, na prática, os efeitos da resolução de uma omissão engendrariam, na reconstituição da situação que existiria se o acto tivesse sido praticado, a norma devia ser interpretada restritivamente de forma a abranger apenas a omissão do exercício de direitos que, nos termos do artigo 606.º, pudessem ser exercidos pelos credores por via de acção sub-rogatória⁵⁵⁷. Outros entendiam que devia ser conferida à faculdade de resolução a maior amplitude possível, permitindo-lhe que afectasse qualquer omissão do devedor, designadamente a omissão de promover a execução específica de um contrato promessa⁵⁵⁸. A Lei n.º 16/2012 eliminou do artigo 120.º, n.º 1 a referência a omissões⁵⁵⁹, parecendo assim ter posto fim à discussão doutrinária quanto ao alcance do termo⁵⁶⁰.

Note-se ainda que o artigo 122.º do CIRE exclui alguns actos do âmbito de aplicação da resolução consagrada no CIRE. Trata-se dos actos compreendidos no âmbito de um sistema de pagamentos tal como o definido pela alínea a) do artigo 2.º da Directiva n.º 98/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio, ou equiparável⁵⁶¹. Adicionalmente e na linha do novo paradigma

⁵⁵⁷ Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, 2009, p. 214.

⁵⁵⁸ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução...cit.*, p. 57 a 60.

⁵⁵⁹ Mantendo todavia ainda, por lapso, como salienta L. MENEZES LEITÃO (*Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 219), a referência a *omissões*, no n.º 4 do artigo 120.º e no n.º 1 do artigo 126.º.

⁵⁶⁰ Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 219 e *Código da Insolvência...cit.*, p. 150. Alguma doutrina parece, não obstante, manter que a resolução pode ser exercida em relação a omissões. Assim, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual...cit.*, p. 200.

⁵⁶¹ As ordens de transferência e compensação relativas a valores mobiliários não são assim afectadas pela insolvência, sendo definitivas. Para mais desenvolvimentos sobre o sentido e alcance desta excepção, veja-se MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução...cit.*, p. 142 e ss.

introduzido pela Lei n.º 16/2012, em que a liquidação parece ser, pelo menos em certo grau, preterida em benefício da recuperação do devedor, exclui o novo n.º 6 do artigo 120.º do âmbito de aplicação da norma, «os *negócios jurídicos celebrados no âmbito de processo especial de revitalização regulado no presente diploma, de providência de recuperação ou saneamento, ou de adoção de medidas de resolução previstas no título VIII do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, ou de outro procedimento equivalente previsto em legislação especial, cuja finalidade seja prover o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação*».

A resolução pressupõe, em regra, a verificação de três requisitos: a *prejudicialidade* do acto em relação à massa insolvente, definida no n.º 2 do artigo 120.º, a verificação do acto nos dois anos anteriores à data de início do processo de insolvência⁵⁶² e a má fé do terceiro (n.º 4 do artigo 120.º).

A lei prevê diferentes mecanismos que visam *facilitar* o exercício desta faculdade, entre os quais a presunção – inilidível – da prejudicialidade de certos actos (n.ºs 3 e 4 do artigo 120.º) e a presunção da má fé do terceiro (n.º 4 do artigo 120.º). Por outro lado, o artigo 121.º elenca um conjunto de casos em que a resolução não depende da verificação de quaisquer outros requisitos – designadamente o prazo de 2 anos – para além dos mencionados nesta disposição (*resolução incondicional*⁵⁶³)⁵⁶⁴.

⁵⁶² O prazo anterior à revisão do CIRE operada pela Lei n.º 16/2012 era de quatro anos, encontrando-se à data, como chamava a atenção GRAVATO MORAIS, entre os mais longos das ordens jurídicas da família romano-germânica (*Resolução...cit.*, p. 61 e s.). Na Alemanha consagra-se um prazo de quatro anos para actos praticados a título gratuito e de dez anos para actos prejudiciais realizados intencionalmente. Tanto em Itália como em Espanha os prazos previstos para o efeito não ultrapassam os dois anos. Veja-se ainda, quanto à redução do prazo, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual...cit.*, p. 199, nota de rodapé n.º 653.

⁵⁶³ Veja-se, quanto ao carácter equívoco do termo, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual...cit.*, p. 201.

⁵⁶⁴ Refira-se apenas o n.º 2 do artigo 121.º, nos termos do qual os casos de resolução incondicional previstos no n.º 1 do artigo 121.º cedem perante «*normas legais que excepcionalmente exijam sempre a má fé ou a verificação de outros requisitos*».

(b) Legitimidade, forma e prazo para o exercício do direito

É ao administrador de insolvência que cabe o exercício do direito de resolução, por meio de carta registada com aviso de recepção, nos 6 meses seguintes ao conhecimento do acto (n.º 1 do artigo 123.º). No que à legitimidade passiva concerne, poder-se-ia questionar se a resolução se deveria dirigir a eventuais transmissários, no caso de se terem dado transmissões posteriores do bem. Parece tal não ser necessário, em resultado do artigo 124.º que permite opor a estes a resolução⁵⁶⁵.

A doutrina divide-se quanto à forma do exercício desta faculdade, parte admitindo o recurso a outros meios de comunicação, designadamente a simples declaração à contraparte⁵⁶⁶. Face à regra sobre a oponibilidade da resolução a transmissários, constante do artigo 124.º, pensamos que uma maior formalidade na comunicação da resolução se justifica, não devendo assim, designadamente, como propõe CATARINA SERRA, ser admitida a resolução por mera declaração à contraparte⁵⁶⁷.

Ainda no que concerne ao prazo para exercício do direito de resolução – seis meses a contar da data de conhecimento do acto pelo administrador da insolvência – é de salientar que nunca poderá ultrapassar dois anos decorridos sobre a data da declaração de insolvência (n.º 1 do artigo 123.º), podendo, todavia, enquanto o negócio não estiver cumprido, ser exercido a todo o tempo, por via de excepção (n.º 2 do artigo 123.º).

Finalmente, refira-se a qualificação pela lei como *prescrição* da situação decorrente do ultrapassar do prazo para exercício do direito de resolução,

⁵⁶⁵ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução...cit.*, p. 150 e s.

⁵⁶⁶ Neste sentido, SERRA, Catarina, *O Novo...cit.*, p. 97. Contra, L. MENEZES LEITÃO, não admitindo o exercício do direito por outros meios (*Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 222).

⁵⁶⁷ Defendendo o formalismo mínimo do artigo 123.º, veja-se MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução...cit.*, p. 152.

criticada por parte da doutrina que defende tratar-se antes de um caso de caducidade⁵⁶⁸.

(c) Efeitos da resolução

Os efeitos da resolução encontram-se definidos no artigo 126.º, que determina a respectiva retroactividade, regulando ainda as obrigações de restituição entre a massa insolvente e o terceiro. Refira-se ainda que neste capítulo V se regula igualmente o recurso pelos credores à impugnação pauliana (artigo 127.º).

A resolução determina, desde logo, a extinção da relação contratual entre o devedor-insolvente e a contraparte. A cessação tem eficácia retroactiva *inter partes*, sendo o resultado idêntico ao que se obteria com a aplicação do artigo 433.º do CC. Cria-se por efeito da cessação desta relação uma outra relação, de liquidação (*Abwicklungsverhältnis*), composta por obrigações de restituição das partes, nos termos do artigo 289.º do CC.

No que concerne à obrigação de restituição a cargo da massa insolvente, refira-se apenas que esta se encontra limitada nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 126.º do CIRE. Assim, no que diz respeito à restituição de bens esta apenas tem lugar se «o mesmo puder ser identificado e separado dos que pertencem à parte restante da massa». Em caso de impossibilidade, a obrigação de restituição de bem converte-se em obrigação de restituição do valor correspondente, sob a forma de dívida da massa insolvente na medida do respectivo enriquecimento à data da declaração de insolvência e dívida da insolvência quanto ao eventual remanescente.

⁵⁶⁸ Neste sentido LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 223. Em sentido contrário, defendendo a qualificação do prazo como de prescrição, veja-se MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução...cit.*, p. 161 a 163.

No que respeita à eficácia retroactiva da resolução em relação a terceiros, o regime do CIRE afasta-se significativamente do resultante do artigo 435.º do CC. Enquanto a regra do 435.º é a protecção dos direitos adquiridos por terceiros dos efeitos da resolução, no artigo 126.º do CIRE, a regra é a inversa. Excepcionam-se somente, e apenas em relação a determinados actos, os casos em que os terceiros se encontrem de boa fé, nos termos do disposto no artigo 124.º.

(d) Em especial:

A oponibilidade da resolução a transmissários

O artigo 124.º do CIRE estabelece as regras quanto à oponibilidade da resolução a transmissários posteriores. Procura-se por este meio, decalcado do artigo 613.º do CC, relativo à impugnação pauliana, evitar que através de sucessivas alienações se desviem bens da massa insolvente prejudicando desta forma os respectivos credores.

A oponibilidade da resolução depende da *má fé* dos transmissários posteriores, dispensando-se este requisito sempre que se trate de sucessores a título universal ou se a transmissão tiver sido gratuita. Note-se que a lei se refere aqui a *transmissários*, em geral, abrangendo a norma por isso quaisquer terceiros que se encontrem naquela posição, independentemente do número. Todos os sucessíveis estão, potencialmente, sujeitos à oposição da resolução⁵⁶⁹.

Refira-se ainda, para efeitos de determinação da obrigação de restituição de terceiros, o facto de a lei discriminar entre a aquisição a título gratuito e a título oneroso do bem. Assim, nos termos do n.º 6 do artigo 126.º do CIRE, o adquirente a título gratuito só se encontra obrigado a restituir na medida do seu enriquecimento, salvo se se encontrar de má fé (presumida ou real). A lei parece

⁵⁶⁹ Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução...cit.*, p. 174.

assim, sem que se perceba bem porquê, colocar numa posição mais vantajosa o adquirente a título gratuito em relação ao oneroso.

(e) A impugnação da resolução

O artigo 125.º prevê, de forma expressa, a faculdade de impugnar a resolução. Esta exerce-se por via de acção, urgente (artigo 9.º do CIRE), dependente do processo de insolvência. A impugnação pode ter como fundamento a não verificação dos requisitos dos quais depende o surgimento do direito a resolver o contrato, bem como a ausência de fundamentação do acto e tem como finalidade a declaração da ineficácia da resolução⁵⁷⁰.

A lei determina um prazo de três meses – contado a partir do momento em que o interessado tem conhecimento da resolução^{571/572} – para o exercício deste direito, findo o qual caduca.

A leitura dos artigos 124.º a 126.º suscita, de imediato, dois problemas relacionados com esta faculdade de impugnação.

O primeiro prende-se com a acção judicial para cumprimento, pelo terceiro obrigado, da respectiva obrigação de restituição. Trata-se aqui também de uma acção que corre na dependência do processo de insolvência e que tem, por isso, carácter urgente (artigos 126.º, n.º 2 e 9.º). A lei é omissa quanto ao prazo para proposição desta acção pelo administrador de insolvência contra o terceiro em falta, tanto quanto à data a partir da qual pode ser proposta, como a data limite para o efeito. Considerando que existe um prazo de 3 meses posterior à declaração de resolução durante o qual esta pode vir a ser impugnada, seria porventura aconselhável apenas instaurar a acção de

⁵⁷⁰ Neste sentido, SERRA, Catarina, *O Novo...cit.*, p. 98 e MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, 2011, p. 279. Veja-se igualmente o n.º 2 do artigo 127.º que se refere à *declaração de ineficácia da resolução*.

⁵⁷¹ Note-se que antes da alteração introduzida pela Lei n.º 16/2012, o prazo era de seis meses.

⁵⁷² Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 224.

restituição decorridos aqueles 3 meses. Instaurando a acção antes, existe o risco de impugnação da resolução que pode redundar em nova obrigação de restituição, desta feita da massa insolvente ao terceiro. Para obviar a esta incerteza e gasto desnecessário de recursos, designadamente judiciais, parece-nos que se deverá deixar correr aquele prazo. Todavia nada na lei o impõe.

Outra questão surge ao nível do cancelamento do registo da propriedade na titularidade dos terceiros referidos no artigo 124.º do CIRE, cuja realização parece depender da mera apresentação de prova da declaração de resolução, pelo administrador de insolvência, junto da Conservatória de Registo Predial. Sucede, como chama a atenção CATARINA SERRA, que a resolução pode, na sequência de impugnação vir a ser considerada ineficaz. Pelo que, propõe a Autora, será porventura mais consentâneo com os princípios da segurança e estabilidade jurídicas, admitir apenas o cancelamento de tal registo findo o prazo de exercício do direito de impugnar a resolução (3 meses) ou transitada em julgado a sentença que julgue a resolução eficaz⁵⁷³.

(f) A qualificação da faculdade

A lei qualifica o direito de extinção de determinados actos, em benefício da massa insolvente, pelo administrador, como *resolução*. Não se trata, todavia, de uma qualificação isenta de dúvidas, na medida em que o regime constante do CIRE contém elementos que se afastam significativamente do regime geral da resolução, aproximando-o, designadamente, dos regimes da anulabilidade e da impugnação pauliana.

Assim, por exemplo, ao contrário do que sucede no regime da resolução do artigo 432.º e ss. do CC, a *resolução* do artigo 120.º do CIRE não encontra o seu fundamento numa situação de incumprimento, nem tão pouco numa *justa causa* de cessação, entendida enquanto impossibilidade, inexigibilidade de

⁵⁷³ SERRA, Catarina, *O Novo...cit.*, p. 98.

prosecução do acto. A base desta faculdade é a protecção da massa insolvente e, desta forma, do interesse dos credores. A não verificação de uma situação de incumprimento resulta ainda noutro elemento diferenciador, a inexistência de uma pretensão indemnizatória.

Como vimos também, o regime da eficácia retroactiva da resolução em relação a terceiros, no que concerne à oponibilidade e à obrigação de restituição, em particular, consagrado no CIRE, afasta-se substancialmente do constante do artigo 435.º do CC.

A resolução em benefício da massa insolvente parece assim constituir uma figura mista, que reúne aspectos da resolução típica, com elementos de outros institutos, como a impugnação pauliana⁵⁷⁴ e a anulabilidade.

3. Considerações finais

O artigo 102.º do CIRE, ao suspender os negócios em curso proporciona ao administrador de insolvência um período de reflexão sobre os efeitos daqueles na massa insolvente, de forma que este possa optar, de forma ponderada e esclarecida, entre a respectiva manutenção ou extinção. Atribui-lhe ainda a faculdade de afastar aqueles cujo cumprimento considere prejudicial, através da figura da *recusa de cumprimento*, assumindo esta a natureza de verdadeiro dever nos casos em que o cumprimento pela massa insolvente for manifestamente improvável (n.º 4 do artigo 102.º).

Ao lado destes dois mecanismos, surge a resolução. O seu âmbito de aplicação é, como vimos, diverso. Se a recusa se encontra limitada a contratos

⁵⁷⁴ Quanto à impugnação pauliana, veja-se, entre outros na doutrina nacional, SOUSA, Rui Correia de, *Impugnação Pauliana (colectânea de sumários de jurisprudência)*, Quid Juris, 2002; RIBEIRO, Vítor Carreto, *Impugnação pauliana: da fuga do devedor à justiça*, Bigi Bold, 2005; FILHO, Romeu Martins Ribeiro, «Impugnação pauliana como meio de conservação da garantia patrimonial», *Garantias das Obrigações. Publicação dos Trabalhos de Mestrado*, coordenação Jorge Ferreira Sinde Monteiro, Almedina, 2007, p. 451 a 489; e JANUÁRIO, Rui, e DIOGO, Luís da Costa, *Direito dos Contratos e Institutos de Direito Privado*, Quid Juris, 2007, p. 173 a 233.

que não tenham sido cumpridos por nenhuma das partes, a resolução não tem a mesma limitação.

O regime de resolução, tal como se encontra consagrado no CIRE, afasta-se substancialmente do regime constante do Código Civil, podendo aliás, como vimos, questionar-se a própria qualificação da figura.

A faculdade de resolução consagrada no regime da insolvência traduz-se, no fundo, numa *fragilização* dos actos praticados pelo insolvente nos *dois* anos anteriores à data de início do processo de insolvência^{575/576}. Estes actos podem, como consequência do processo de insolvência, vir a ser extintos sem que estejam presentes os pressupostos previstos na lei geral civil para o accionamento daquele direito de cessação unilateral, designadamente uma situação de incumprimento ou de inexigibilidade de manutenção da relação. Assim, todos os actos que se encontrem dentro do âmbito de aplicação da faculdade resolutiva prevista no CIRE encontram-se, pelo período de dois anos contados a partir da data de declaração de insolvência, envoltos numa nuvem de incerteza. Só decorrido este prazo se *transforma* o acto em *definitivo*.

No que à questão central em análise diz respeito, isto é, de saber se o CIRE regula os efeitos da resolução infundada, a resposta é negativa, na medida em que não existe uma norma que determine as consequências da resolução quando esteja careça de fundamento. Existem todavia indícios no sentido da respectiva ineficácia e conseqüente manutenção dos actos que tenham sido visados por aquela. É o que designadamente resulta do regime da impugnação pauliana constante do artigo 127.º, em especial na parte em que admite a impugnação de actos que tenham sido resolvidos pelo administrador de insolvência se a

⁵⁷⁵ GRAVATO MORAIS, ainda antes da alteração introduzida pela Lei 16/2012, fala de consagração de um *período de suspeição* quanto aos actos praticados nos quatro anos anteriores ao início do processo de insolvência (*Resolução...cit.*, p. 61). Também L. MENEZES LEITÃO se refere ao *período suspeito* (*Direito da Insolvência...cit.*, 4.ª ed., p. 218).

⁵⁷⁶ Excepcionam-se apenas, como vimos, os negócios jurídicos identificados no n.º 6 do artigo 120.º, bem como os actos compreendidos num sistema de pagamentos, nos termos do artigo 122.º.

resolução vier a ser declarada ineficaz por decisão definitiva⁵⁷⁷. O acto mantém-se, razão pela qual a impugnação pode prosseguir.

Note-se todavia que, fruto da necessidade de protecção de outros interesses – distintos dos interesses dos credores da massa, designadamente de terceiros que possam vir a ser afectados pela resolução, e de preservação da segurança e estabilidade jurídica, a resolução apenas pode ser impugnada no prazo de três meses a partir do momento em que o interessado tem conhecimento da mesma (artigo 125.º). Conclui-se, assim, que decorrido este prazo a resolução, ainda que careça de fundamento, produzirá os seus efeitos.

§1.7. CONCLUSÕES

Poder-se-á retirar da análise destes regimes algum princípio ou conjunto de princípios reguladores dos efeitos da resolução infundada, na ordem jurídica nacional? Parece-nos que sim.

Desde logo, é possível identificar o reconhecimento tendencial de uma relação de necessidade entre *ilicitude* e *invalidade* da resolução, expressa de forma directa no regime do contrato de trabalho e indirectamente, nos regimes do mandato e da insolvência.

O regime da cessação do contrato de trabalho constante do CT é onde a relação surge de forma mais nítida. De facto, entendemos, com a maioria da doutrina, que os efeitos da declaração de ilicitude definidos no n.º 1 do artigo 436.º do CT – obrigação de reintegração e de pagamento de salários intercalares – são a consequência da ineficácia da declaração de resolução que, afinal, não

⁵⁷⁷ O n.º 1 do artigo 127.º veda aos credores a possibilidade de interpor novas acções de impugnação pauliana em relação a actos que tenham sido objecto de resolução. O n.º 2, por sua vez, determina que as acções de impugnação pauliana que se encontrem pendentes à data de declaração de insolvência ou que venham a ser interpostas depois desta só prosseguirão os seus termos se a resolução for declarada ineficaz por decisão definitiva. Até lá suspendem-se, em resultado da resolução do acto.

extinguiu o contrato⁵⁷⁸. A tese propugnada por P. ROMANO MARTÍNEZ, assente na ideia de que a resolução ilícita não é inválida e de que as obrigações de reintegração do trabalhador e de pagamento dos salários intercalares são uma concretização da obrigação de reconstituição natural da situação anterior ao despedimento, nos termos do artigo 562.º do CC, parece-nos, salvo o devido respeito, de rejeitar. De resto, o próprio Autor não fundamenta esta posição, em particular, a validade da resolução *contra legem* e a alegada incompatibilidade entre *acto de incumprimento* e *acto inválido*.

O regime do contrato de mandato, nomeadamente, a leitura conjugada dos artigos 1170.º, n.º 2 *in fine* e 1172.º do CC, aponta claramente no sentido de uma dependência entre a (il)licitude e a (in)eficácia da declaração de resolução. Também no CIRE encontramos uma referência expressa à ineficácia da resolução, a propósito da impugnação pauliana.

O regime da locação financeira revela alguma esquizofrenia quanto a esta matéria. De um lado, ao admitir o cancelamento do registo mediante mera apresentação da comunicação de resolução, parece reconhecer a esta declaração plena eficácia, independentemente da respectiva conformidade com a lei. De outro lado, porém, ao condicionar o ordenamento da providência cautelar para entrega do bem locado à verificação judicial da probabilidade séria de extinção do contrato por efeito de resolução, parece admitir que, embora declarada a resolução, a extinção do contrato pode não se ter dado. De facto, caso tal hipótese não se admitisse bastaria que, à semelhança do estatuído para o cancelamento do registo, o artigo 21.º do RJLF estabelecesse como requisito de ordenamento da providência a apresentação da comunicação de resolução. Que retirar deste tratamento aparentemente contraditório da declaração de resolução? Embora nos pareça difícil chegar a uma conclusão clara, a verdade é que, atendendo à neblina que envolve os efeitos jurídicos do registo da locação

⁵⁷⁸ Veja-se, por todos, GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol I, p. 1020, nota de rodapé n.º 2444 e p. 1025.

financeira, parece-nos, poder-se-á conferir primazia ao entendimento da declaração de resolução subjacente ao artigo 21.º do RJLF e, bem assim, a uma concepção da eficácia daquela declaração como dependente da respectiva conformidade com a lei.

Apesar de se verificar uma linha comum no tratamento dos efeitos da resolução ilícita, em que à ilicitude é associada a ineficácia, trata-se tão-somente de uma tendência. De facto, casos há em que a lei, não obstante a declaração resolutiva se encontrar desprovida de fundamento, lhe reconhece eficácia extintiva ou admite a possibilidade de extinção posterior do contrato, por decisão judicial, quando a respectiva manutenção, ponderados os diferentes interesses presentes, se revele excessivamente onerosa. A faculdade de oposição à reintegração pelo empregador, prevista no regime da cessação sem fundamento do contrato de trabalho, é uma manifestação clara da sensibilidade da lei à necessidade de realizar uma ponderação dos interesses em jogo aquando da decisão de manutenção do vínculo contratual. O mesmo sucede no âmbito do CIRE, em que se prevê a caducidade do direito a impugnar a resolução no prazo de três meses a contar da tomada de conhecimento da mesma pelo interessado e, portanto, a *convalidação* de resoluções ilícitas. A necessidade de acautelar a estabilidade e segurança do comércio jurídico impõem uma solução de compromisso entre os interesses dos credores da massa insolvente e os terceiros que possam vir a ser afectados pela extinção do acto em causa.

No que concerne ao regime do arrendamento urbano para habitação, tal como alterado pela Lei n.º 31/2012, a resposta não é clara, muito embora o disposto no n.º 9 do artigo 1103.º do CC, nos termos do qual a denúncia justificada⁵⁷⁹ apesar de infundada produz os seus efeitos, aponte no sentido da eficácia da resolução infundada.

⁵⁷⁹ A qualificação desta faculdade como denúncia levanta-nos, como já tivemos oportunidade de referir, sérias dúvidas (veja-se a nota de rodapé n.º 24, *supra*, capítulo I, §2.1, 1.2).

Finalmente, importa ainda referir que, em determinados casos, muito embora a resolução seja ineficaz, o contrato poderá ainda vir a ser extinto, por meio da equiparação (ou mesmo conversão) daquela à denúncia realizada sem respeito pelo pré-aviso^{580/581}. Tal dependerá, naturalmente, da verificação dos pressupostos da denúncia, designadamente, do contrato em causa ser de duração indeterminada, bem como do dever de pré-aviso não constituir, *in casu*, um requisito de eficácia da declaração de denúncia.

Em síntese, parece poder-se concluir pela existência de uma regra geral de ineficácia da resolução infundada, pontuada por desvios, fruto da necessidade de acomodar determinados interesses tutelados pela ordem jurídica.

§2. ANÁLISE DO REGIME GERAL

§2.1. (DES)CONFORMIDADE ENTRE SIGNIFICADO E EFEITOS DO ENUNCIADO

Vimos, atrás, que a resolução opera por meio de declaração à outra parte. Trata-se assim, na medida em que o declaratório é um destinatário determinado, de uma declaração receptícia⁵⁸². Desta característica da declaração resolutiva, associada à respectiva natureza performativa e, ainda, à natureza potestativa do direito de resolução, retira a maioria da doutrina⁵⁸³ e jurisprudência que a declaração de resolução se «*torna (...) eficaz logo que chega ao seu [destinatário] poder ou é dele conhecida*» (224.º, n.º 1 do CC). Encontramos um exemplo claro deste raciocínio no já referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.10.2010, em que o tribunal, a partir da mera existência e recepção

⁵⁸⁰ Foi o que tivemos oportunidade de constatar a propósito do contrato de agência.

⁵⁸¹ Neste sentido, veja-se, OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios...cit.*, p. 894 e s.

⁵⁸² Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de declaração recipianda, veja-se SERRA, Adriano Vaz, «Perfeição da declaração de vontade – Eficácia da emissão da Declaração – Requisitos especiais da conclusão do contrato», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 103, Fevereiro de 1961, p. 5 a 153 e ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos I Conceito. Fontes. Formação*, 4ª ed., Almedina, 2008, p. 126 e ss.

⁵⁸³ Veja-se, entre outros, PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução...cit.*, p. 152 e s.

pelo destinatário da declaração resolutiva, conclui pela inevitável produção do efeito extintivo do contrato⁵⁸⁴.

Este raciocínio assenta todavia numa certa confusão de conceitos, designadamente entre *significado do texto da declaração* e *efeitos da declaração*. Se é verdade que existe uma *simetria tendencial* entre significado e efeitos, estes não se identificam, sendo necessário fazer um esforço de distinção entre os dois, sob pena de se chegar à conclusão de que basta alguém dizer que se produz determinado efeito para que o mesmo se dê. Com efeito, como chama a atenção FERREIRA DE ALMEIDA, o efeito produz-se porque alguém «(...) *dispõe de poderes que, em concreto e segundo as regras que conferem validade ao acto, produz uma determinada comunicação capaz de gerar um efeito conforme ao seu próprio significado*»⁵⁸⁵ e não apenas porque alguém declarou que se produzia determinado efeito.

Há assim casos em que os efeitos jurídicos produzidos não correspondem ao significado do texto do enunciado, podendo ficar aquém ou além deste. No primeiro caso – um significado que não produz os efeitos jurídicos que, em abstracto, lhe correspondem – encontramos-nos perante um problema de invalidade. Trata-se de situações em que apesar de, em abstracto, os factos serem adequados à constituição de determinado negócio jurídico, em concreto não produzem os efeitos jurídicos que corresponderiam ao negócio em causa. Tal consequência resulta da invalidade do negócio, por força da qual os factos não valem como negócio jurídico ou, pelo menos, como o negócio jurídico querido pelo declarante⁵⁸⁶.

Donde, não é a natureza receptícia, nem a natureza performativa da declaração de resolução, nem tão pouco a natureza potestativa do direito de resolução que conferem à declaração de resolução, *ipso facto*, efeito extintivo. A

⁵⁸⁴ Proc. n.º 133/2002.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁸⁵ *Texto...cit.*, p. 216. Veja-se, ainda, *supra*, capítulo I, §2.1, 2.1.

⁵⁸⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto...cit.*, p. 217.

eficácia da declaração resolutiva depende, naturalmente do preenchimento prévio dos pressupostos a que a declaração se encontra sujeita, designadamente o respectivo fundamento: o direito de resolução. O mero (suposto) exercício de um direito de resolução através da emissão de uma declaração só por si não revela as consequências jurídicas da mesma⁵⁸⁷.

§2.2. UMA DECLARAÇÃO ILÍCITA

1. Inexistência de um direito de resolução

A produção dos efeitos associados a um direito (potestativo ou outro) não depende meramente de uma existência abstracta, nem tão pouco (da aparência) do respectivo exercício, mas antes da verificação dos pressupostos legais ou contratuais de que dependa a respectiva constituição. Trata-se, como refere BECKMANN⁵⁸⁸, de uma afirmação tão evidente que não encontra consagração expressa na lei.

Ora, a existência do direito de resolução encontra-se, como vimos por força do n.º 1 do artigo 432.º do CC, dependente da verificação de um facto ou situação a que a lei ou convenção das partes ligue, como consequência, a respectiva constituição. Pelo que, sempre que uma das partes declare a resolução do contrato sem que tal facto se tenha verificado – *in casu*, o incumprimento, está a agir sem direito⁵⁸⁹. De um ponto de vista estritamente dogmático, parece, com efeito, ser impossível afirmar que o mero acto de

⁵⁸⁷ Veja-se, por todos, BECKMANN, Von Heiner, «*Rechtswirkungen...cit.*», p. 953.

⁵⁸⁸ Assim, afirma BECKMANN: «[w]ie bei jedem durch Vertrag oder Gesetz eingeräumten Recht, auch bei Gestaltungsrechten, ergeben sich die Rechtsfolgen noch nicht aus der abstrakten Möglichkeit seines Bestehens und auch nicht durch die bloße Ausübung des Rechts. Die Rechtsfolgen treten vielmehr erst ein, wenn die vertraglich oder gesetzlich an das Bestehen des Rechts geknüpften Voraussetzungen vorliegen und das Recht durchsetzbar ist. Auch dies ist an sich eine so selbstverständliche Aussage, dass auch sie nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber geregelt werden muss» («*Rechtswirkungen...cit.*», p. 954).

⁵⁸⁹ Veja-se, neste sentido, na doutrina nacional MACHADO, João Baptista, «*Pressupostos...cit.*», p. 131, e PINTO, Paulo Mota, «*Interesse...cit.*», vol. II, p. 1675, nota de rodapé n.º 4861.

declarar a resolução extingue sempre e inevitavelmente o contrato. Não se encontrando presentes os pressupostos de existência do direito de resolução, o declarante age sem título.

2. A ilicitude da declaração

2.1. Nota prévia

A qualificação da natureza do acto de resolução, como *negócio* ou *acto* jurídico *stricto sensu*, não é pacífica na doutrina portuguesa, como aliás não o é, em geral, a distinção entre *acto* e *negócio* jurídico⁵⁹⁰.

Assim, por exemplo, P. ROMANO MARTÍNEZ classifica a declaração de resolução como um acto jurídico, com base em três argumentos: de um lado, não se tratar de um negócio jurídico bilateral, na medida em que não assenta no acordo de vontades; de outro, não se encontrar dentro do elenco legal (taxativo) de negócios jurídicos unilaterais; e, finalmente, por se tratar de um acto de execução do contrato e, como tal, não ter a autonomia necessária para se qualificar como negócio jurídico⁵⁹¹. Esta parece ser também a posição maioritária na nossa jurisprudência. Assim, o STJ refere, a propósito da natureza da declaração de resolução, que esta «(...) não se traduz em verdadeira declaração negocial mas em simples acto jurídico, uma vez que os seus efeitos não se produzem por mera vontade do declarante mas por força da lei (Mota Pinto, Teoria Geral..., pág. 355, e Vaz Serra, na citada Revista, ano 108^o, pág. 279) (...)»⁵⁹².

Os argumentos apresentados pelos Autores e pela jurisprudência que reconduzem a declaração de resolução ao acto jurídico *stricto sensu* não nos parecem, salvo o devido respeito, suficientes para afastar de forma clara a resolução da figura do negócio jurídico unilateral. E, de facto, embora prevalecente, esta posição não é unânime. Assim, divergindo da corrente

⁵⁹⁰ Veja-se, a este propósito, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos I...cit.*, p. 23 e s.

⁵⁹¹ MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 224 e s.

⁵⁹² Acórdão do STJ de 09.05.95, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 447, 1995, p. 506.

maioritária, uma doutrina minoritária formada, entre outros, por VAZ SERRA e L. MENEZES LEITÃO⁵⁹³, defende que a declaração de resolução consubstancia um negócio jurídico unilateral.

Em resultado da necessidade de delimitação do objecto do presente estudo, de um lado e, da aparente esterilidade desta discussão doutrinária⁵⁹⁴, de outro, tendo em conta, designadamente, o disposto no artigo 295.º do CC, que nos remete, quanto ao regime jurídico dos actos jurídicos, para as regras do negócio jurídico (sempre e na medida em que tal seja possível), não desenvolveremos aqui a questão da natureza do acto de declaração de resolução⁵⁹⁵. Utilizaremos por isso aqui os termos *acto* e *acto jurídico* no sentido de *acto jurídico lato sensu*, englobando desta forma o *negócio* e o *acto jurídico stricto sensu*.

2.2. Os efeitos da ilicitude da declaração

Na medida em que se encontra desprovida do direito que nos termos da lei a permitiria sustentar, a declaração de resolução infundada, sem prejuízo da violação de outras disposições legais e/ou contratuais em que possa incorrer,

⁵⁹³ SERRA, Adriano Vaz, «Resolução...cit.», p. 235 e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações...cit.*, II p. 105.

⁵⁹⁴ Neste sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos I...cit.*, p. 23 e s.

⁵⁹⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre o debate quanto à distinção entre acto e negócio jurídico, na doutrina portuguesa veja-se: MOREIRA, Guilherme, *Instituições do Direito Civil Português*, Coimbra, 1907, vol. I, p. 386 e ss; CUNHA, Paulo, *Direito Civil – Apontamentos de Margarida Pimentel Saraiva e Orlando Garcia-Blanco Courrège das aulas da 2ª cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano lectivo de 1937/38*, 1938, p. 6 e ss.; ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em especial, Negócio Jurídico*, vol. II., 7.ª reimp. da edição de 1960, Almedina, 1992, p. 2 e ss; MARQUES, J. Dias, *Noções Elementares de Direito Civil*, 4ª ed., Petrony, 1970, p. 45 e ss.; ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto...cit.*, p. 7 e ss; MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil – Parte geral*, 4ª ed. (rev.), Almedina, 1995, p. 499 e ss.; TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual...cit.*, p. 12 e ss; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral ... cit.*, p. 355 e ss; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, tomo I, 3ª. reimp. da 3ª ed. de Março/2005 (aumentada e inteiramente revista), Almedina, 2011, p. 443 e ss; FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral ... cit.*, vol. II, p. 20 e ss; e VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...cit.*, p. 399 ss. Para uma clara e breve descrição da história da introdução do conceito de negócio jurídico na ordem jurídica portuguesa, veja-se PINTO, Paulo Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, 1995, p. 10 e ss.

consubstanciará sempre uma violação do artigo 432.º, n.º 1 do CC.

A questão que urge em seguida esclarecer prende-se com a identificação dos efeitos e das consequências desta desconformidade com a lei, designadamente no que concerne à produção do efeito extintivo do contrato.

Um acto é ilícito quando tenha sido praticado fora da *área permitida* pelo Direito. Esta ilicitude tem consequências no regime jurídico do acto que, pelo simples facto de ser contrário à lei, deixa de ser apto a produzir (total ou parcialmente) os efeitos pretendidos pelo autor^{596/597}. A produção do efeito que a lei atribui à resolução, à semelhança do que sucede com qualquer outro acto jurídico (*lato sensu*), depende do preenchimento, em concreto, dos pressupostos definidos pela norma em questão ao desenhar os respectivos contornos, em abstracto. Não se verificando tal preenchimento, o acto será intrinsecamente inidóneo para a produção dos efeitos atribuídos, de forma abstracta, àquele tipo⁵⁹⁸.

Esta inidoneidade do acto para produzir os efeitos que, não fosse a sua desconformidade com a lei, lhe seriam *normalmente* atribuídos, não tem correspondência numa absoluta carência de efeitos. Significa sim que os *efeitos do acto ilícito* não são determinados pela parte que o emite, mas impostos *heteronomamente* pela lei, sendo um deles, certamente, a responsabilidade civil⁵⁹⁹.

Mas implicará tal ilicitude a invalidade do acto e, bem assim, a ineficácia extintiva do mesmo?

⁵⁹⁶ Chamando a atenção para a diferença de regimes jurídicos entre actos lícitos e ilícitos, veja-se CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, I, I, p. 447 e FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral...cit.*, p. 25 e ss..

⁵⁹⁷ Veja-se PAIS DE VASCONCELOS quando afirma que «(...) os negócios ilícitos não ganham a força jurídica que os faça valer como Direito» (*Teoria...cit.*, p. 426).

⁵⁹⁸ MARQUES, J. Dias, *Noções...cit.*, p. 87.

⁵⁹⁹ Veja-se neste sentido, por todos, FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral...cit.*, p. 26 e s.

Desde logo há que relembrar que (i)licitude e ineficácia são duas qualificações diversas, que não se confundem, muito embora a invalidade⁶⁰⁰ seja, em regra, uma das consequências da ilicitude. Apenas não o será excepcionalmente, quando a lei assim o determine⁶⁰¹. Alguns Autores entendem porém que a ilicitude não contende com a validade do acto, nada impedindo que aquele produza efeitos jurídicos que podem coincidir, mais ou menos, consoante o caso, com o pretendido pelo autor do acto.

§2.3. O CABIMENTO DO JUÍZO DE (IN)VALIDIDADE

Como já tivemos oportunidade de referir acima, a propósito do regime de cessação do contrato de trabalho, P. ROMANO MARTÍNEZ entende que a declaração de resolução, não sendo autonomizável do contrato no âmbito do qual foi emitida, não deve ser avaliada de um ponto de vista de (in)validade, mas antes (e somente) como acto de execução contratual, i.e., de cumprimento ou incumprimento contratual⁶⁰². A manutenção do vínculo contratual, na sequência de uma declaração judicial que reconheça a ilicitude da resolução, mais não é assim, nesta concepção, do que uma aplicação do princípio da reconstituição natural do artigo 562.º do CC. Esta forma de indemnização deverá contudo ser afastada e substituída por uma indemnização monetária, salienta o Autor, sempre que a *restauração* do contrato não seja viável, dependendo tal viabilidade do preenchimento de três pressupostos: o cumprimento do contrato ainda ser possível; a parte lesada manter interesse na execução do contrato; e a execução do contrato não ser excessivamente onerosa

⁶⁰⁰ Para mais desenvolvimentos sobre os conceitos de ineficácia e invalidade, veja-se PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...cit.*, p. 615 e ss. e FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria...cit.*, p. 485 e ss.

⁶⁰¹ Exemplo da excepção é o casamento de menor realizado sem a autorização exigida por lei: apesar de ilícito, o casamento mantém-se válido, sendo todavia aplicadas *sanções especiais* (artigo 1649.º do CC).

⁶⁰² MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 221.

para o empregador. Caso não se verifique um destes pressupostos o contrato ter-se-á por extinto⁶⁰³.

O Autor não esclarece todavia o fundamento da (aparente) incompatibilidade entre o juízo de (in)validade e o enquadramento do acto na execução do contrato, como acto de (in)cumprimento.

Salvo o devido respeito, discordamos de P. ROMANO MARTÍNEZ, entendendo antes, na linha de STOFFEL-MUNCK, que, tratando-se a resolução de uma prerrogativa cujo valor jurídico se encontra subordinado à verificação de determinados pressupostos, deve o raciocínio de apreciação da declaração de resolução ter como ponto de partida a análise da respectiva validade⁶⁰⁴.

Por outro lado, a própria lei portuguesa, nos escassos casos em que aborda a questão da resolução infundada, estabelece uma ligação clara entre licitude e validade, como tivemos oportunidade de constatar na análise do regime jurídico do contrato de trabalho, entre outros.

Esclarecida a questão da admissibilidade e adequação de um juízo de (in)eficácia, *lato sensu*, sobre a declaração de resolução infundada, resta-nos agora determinar o tipo de ineficácia em causa.

§2.4. UMA DECLARAÇÃO INVÁLIDA

Em Portugal, o tratamento da questão da (in)eficácia dos negócios jurídicos surge com GUILHERME MOREIRA⁶⁰⁵, tendo a doutrina nacional que se lhe seguiu debatido longamente a questão das diferentes categorias de ineficácia⁶⁰⁶. Não nos debruçaremos aqui sobre esta matéria, adoptando antes

⁶⁰³ MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 222 e s.

⁶⁰⁴ STOFFEL-MUNCK, Phillipe, «Le contrôle...cit.», p. 71.

⁶⁰⁵ MOREIRA, Guilherme, *Instituições...cit.*, vol. I, p. 508 e ss.

⁶⁰⁶ Para uma análise mais desenvolvida da questão da ineficácia, veja-se MOREIRA, Guilherme, *Instituições... cit.*, vol. I, p. 508 e ss.; ALARCÃO, Rui de, «Invalidade dos Negócios Jurídicos. Anteprojecto para o Novo Código Civil», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 89, Outubro, 1959, p. 199 a 267; e ANDRADE, Manuel de, *Teoria...cit.*, II, p. 411 e ss. Veja-se ainda quando a esta

aquela que nos parece ser a classificação mais consensual na nossa ordem jurídica, proposta, entre outros, por CARLOS MOTA PINTO⁶⁰⁷.

A ineficácia traduz a situação em que se encontram os negócios jurídicos que não gerem todos os efeitos que se destinavam a produzir⁶⁰⁸. Dentro desta categoria ampla, contrapõe-se *invalidade* – casos em que a não produção de efeito resulta de um elemento interno do negócio – e *ineficácia em sentido estrito*⁶⁰⁹ – casos em que a não produção de efeitos do negócio é provocada por elementos externos a este; o negócio em si mesmo não tem vícios.

Considerando que o vício de que sofre a declaração infundada resulta de «*uma falta ou irregularidade dos elementos internos (essenciais, formativos) do negócio*»⁶¹⁰, conclui-se que esta seria enquadrável na categoria das invalidades^{611/612}.

matéria, na doutrina estrangeira, DROGOUL, F., *Théorie Générale des Nullités. Étude de Droit Civil*, Arthur Rousseau Éditeur, 1902; CANCINO, Francisco Cuevas, *La Nullité des Actes Juridiques*, Wilson et Lafleur, 1950; SIMLER, Philippe, *La Nullité Partielle des Actes Juridiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris, 1969; PROSPERETTI, Marco, *Contributo alla Teoria dell'Annulabilità*, Giuffrè, 1973; e ECHEVERRÍA, Jesús Delgado, «El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado: notas de teoría y dogmática», *Anuario de derecho civil*, vol. 58, n.º 1, Janeiro/Março 2005, p. 9 a 74.

⁶⁰⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...cit.*, p. 615 e ss. Apresentando esta classificação como a tradicional também na ordem jurídica italiana, CATAUDELLA, Antonino, «Il Concetto di Nullità del Contratto ed il Suo Permanente Vigore», *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, vol. I, Giuffrè, 2008, p. 407.

⁶⁰⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, I, I, p. 869.

⁶⁰⁹ A recondução da invalidade à ineficácia em sentido amplo insere-se na tradição de WINDSCHEID (veja-se WINDSCHEID, Bernard, e KIPP, Theodor, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed., reimp. de 1984, vol. 1, p. 82).

⁶¹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...cit.*, p. 615.

⁶¹¹ Não tomamos aqui em consideração a categoria da inexistência, cuja autonomia em relação à invalidade é defendida por parte da doutrina, designadamente por DIAS MARQUES (*Noções...cit.*, p. 89) e CARVALHO FERNANDES (*Teoria...cit.*, p. 487 e ss.).

⁶¹² Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STJ de 13.12.2007 (proc. n.º 07A2378, disponível em www.dgsi.pt), onde a propósito da verificação de ausência de fundamento resolutivo de um contrato promessa de compra e venda se afirma: «[e] só a ocorrência efectiva – e objectiva – da perda de interesse é que é geradora do direito potestativo à resolução do contrato. Conclui-se, assim, que os recorrentes não resolveram validamente o contrato promessa de compra e venda, e que os recorridos não se colocaram em situação de incumprimento».

Cabe-nos agora esclarecer se o vício do acto de resolução «(...) o priva de eficácia ou torna precária essa eficácia»⁶¹³, i.e., se se trata de um caso de nulidade ou anulabilidade⁶¹⁴.

A maioria da doutrina⁶¹⁵ e jurisprudência⁶¹⁶, que se pronuncia sobre a invalidade da declaração de resolução infundada, tende a reconduzi-la à figura da nulidade, por referência ao artigo 280.º, n.º 1 do CC, na parte em que sanciona com nulidade o «*negócio jurídico cujo objecto seja (...) contrário à lei*». A declaração de resolução infundada, na medida em que contraria o disposto no n.º 1 do artigo 432.º do CC, seria assim nula por força da conjugação desta disposição com o n.º 1 do artigo 280.º – consoante a posição adoptada quanto à qualificação da declaração de resolução, poder-se-á ainda ter de recorrer ao artigo 295.º.

Não é necessário, com efeito, recorrer aqui à previsão do artigo 294.º do CC, já que esta, como refere HÖRSTER, «(...) traduz um princípio básico e cede o seu lugar, sempre que os haja, a preceitos específicos»⁶¹⁷, *in casu*, o n.º 1 do artigo 280.º. Este artigo é, de facto, uma concretização da norma geral do artigo 294.º, propondo critérios mais pormenorizados para identificar os conteúdos de negócios jurídicos desconformes à lei.

⁶¹³ TELLES, Inocência Galvão, *Manual...cit.*, p. 357.

⁶¹⁴ Esta classificação, embora aceite pela maioria, não é única. Assim, por exemplo, CARVALHO FERNANDES, propõe uma classificação diferente, distinguindo entre invalidade absoluta e relativa, invalidade sanável e insanável e, finalmente, invalidade de eficácia automática e sem eficácia automática, ao mesmo tempo que salienta que embora o legislador português identifique dois tipos de invalidade com um regime típico associado – «(...) a nulidade, como invalidade absoluta, insanável e de eficácia automática, e a anulabilidade, como invalidade relativa, sanável e de eficácia não-automática» – «(...) uma progressiva evolução legislativa, neste domínio, tem feito com que estes tipos apresentem cada vez menor âmbito, continuando, contudo, o legislador a designar como nulos ou anuláveis negócios que não seguem o regime típico da nulidade ou da anulabilidade» (*Teoria...cit.*, p. 497).

⁶¹⁵ Veja-se MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...cit.*, p. 221.

⁶¹⁶ Veja-se neste sentido, designadamente, o Acórdão do STJ de 07.02.2008 (proc. n.º 08B192, disponível em www.dgsi.pt).

⁶¹⁷ *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimp. da edição de 1992, Almedina, 2000, p. 520.

A conjugação das disposições constantes dos artigos 432.º, n.º 1, e 280.º, n.º 1, do CC, *in fine*, conduzem-nos, no nosso entender, de forma inequívoca, à conclusão de que a resolução a que falte o pressuposto do incumprimento é nula e, desta forma, insusceptível de destruir o contrato⁶¹⁸.

No mesmo sentido se pronuncia JACQUES MESTRE, na doutrina francesa, para quem a declaração de resolução será nula sempre que se encontre desprovida de fundamento. Nestes casos, deve-se entender que «(...) *la décision de rupture est non avenue, ou encore, si on veut s'inspirer du langage des clauses abusives, non écrite*»^{619/620}.

Em conclusão, pode-se afirmar que a *sanção*-regra da declaração de resolução desprovida de fundamento é a nulidade, por força do disposto no artigo 432.º, n.º 1, conjugado com o n.º 1 do artigo 280.º, do CC. Não se trata todavia de uma regra absoluta, como já tivemos oportunidade de constatar, a propósito da análise dos regimes jurídicos de alguns contratos em particular, designadamente o regime do contrato de trabalho, em que o despedimento infundado é sancionado com a anulabilidade. De facto, outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica poderão conduzir a um afastamento pela lei daquela regra, em detrimento da protecção do vínculo contratual.

⁶¹⁸ Embora, noutro contexto, e retirando – adiante - conclusões diversas das nossas, também PAOLO TARTAGLIA refere a propósito da declaração de resolução infundada que esta, tem como «(...) *sola conseguenza è che il contratto conserva tra le parti la sua efficacia*» («Dichiarazione...cit., p. 28).

⁶¹⁹ MESTRE, Jacques, «Rupture...cit, p. 100.

⁶²⁰ Veja-se embora a propósito da *résiliation*, que corresponderá à *denúncia* na ordem jurídica nacional, a decisão da *Chambre Civile* da *Cour de Cassation* de 7 de Março de 1989 que qualifica como nula a denúncia irregularmente emitida. O tribunal perante o argumento da seguradora de que, não tendo o segurado contestado judicialmente a denúncia no prazo legal para o efeito, não podia agora arguir a respectiva invalidade, contrapõe que: «(...) *le contrat, qui n'avait pas été résilié régulièrement, se perpétuait de plein droit et que M. Y [segurado] ne pouvait se voir opposer la prescription d'une action qu'il n'avait pas à introduire pour conserver le bénéfice de sa police (...)*» (disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>).

§2.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

A declaração de resolução infundada, mais não é do que um *tigre de papel*⁶²¹. Donde, apesar da existência de um significado negocial do acto – a destruição do contrato, este, em razão da respectiva invalidade, não é juridicamente atendível enquanto acto dirigido à extinção do contrato⁶²². Embora em abstracto a declaração de resolução realizada à contraparte fosse, por força dos artigos 436.º, n.º 1 e 224.º, n.º 1 do CC, adequada à composição de um negócio jurídico, não produz os efeitos correspondentes ao seu significado, porque se encontra viciada. Tal, como salienta FERREIRA DE ALMEIDA, não põe em causa o princípio performativo, já que este só se aplica a negócios e outros actos jurídicos e, no caso da resolução infundada, em bom rigor, não há um negócio jurídico⁶²³.

No mesmo sentido se pronuncia na doutrina alemã BECKMANN, ao afirmar que as consequências jurídicas de uma declaração de resolução podem realizar-se apenas quando esteja esclarecido que a declaração de resolução do credor foi efectuada legalmente, em particular, que existe um fundamento para a

⁶²¹ Imagem de STOFFEL-MUNCK («Le contrôle...cit.», p. 74).

⁶²² Veja-se, neste sentido, o acórdão de 7.02.2008 do STJ, em que o tribunal, reconhecendo a ausência de incumprimento do contrato e, bem assim, de fundamento para a resolução, afirma: «[m]as o referido direito de resolução dependia de se verificar, para o efeito, fundamento legal bastante, seja de origem contratual ou legal (artigo 432º, n.º 1, do CC). Nem há fundamento convencional nem legal que sustente a referida declaração imputável à recorrente em termos de ser susceptível de implicar a destruição da mencionada relação jurídica contratual. Por isso, está a referida declaração de resolução que a recorrente dirigiu à recorrida afectada de nulidade (artigos 280º, n.º 1, 295º e 432º, n.º 1 do CC). Em consequência, não pode relevar, em termos de produção do efeito de destruição do contrato de subempreitada, a declaração de resolução que a recorrente dirigiu à recorrida» (disponível em www.dgsi.pt).

⁶²³ Para este Autor, «(...) a expressão “negócio jurídico nulo” (ainda que conveniente e universalmente usada) é uma contradição nos próprios termos, porque, seja qual for o fundamento e a natureza que ao negócio se atribuíam, ele só é concebível como instituto jurídico diferenciado, se existir uma relação adequada entre os efeitos que o acto produz e algo que os faça gerar (...)» (ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto...cit.*, p. 218 e 219).

resolução⁶²⁴. De facto, como chama a atenção PAULO MOTA PINTO, é importante manter presente a distinção entre os pressupostos do direito potestativo de resolução de um lado e, de outro, o modo como se produzem os efeitos do direito, isto é, por mera declaração à contraparte – sem a necessidade de intervenção judicial. Inexistindo os referidos pressupostos – no caso, o incumprimento – não há direito de resolução, sendo a declaração pretensamente resolutiva ilícita e, em regra, ineficaz⁶²⁵. Neste contexto, a sentença, que reconheça a inexistência de fundamento da declaração resolutiva, declara, na realidade, que o contrato não se extinguiu.

Importa todavia manter presente que existem casos, como tivemos oportunidade de constatar aquando da análise de alguns tipos contratuais, em que a declaração resolutiva, apesar de se encontrar desprovida de fundamento, produz o efeito querido pelo declaratório, isto é, a extinção do contrato. Tais casos consubstanciam um desvio à regra geral, justificando-se apenas quando, pesados os diferentes interesses presentes valorados pelo Direito, a extinção do contrato surja como a solução mais adequada⁶²⁶. Se a ineficácia da declaração de resolução sem fundamento é, em abstracto, a regra, resultante da aplicação das regras gerais do Direito das Obrigações, tal não significa que não existam desvios. A questão da eficácia da declaração resolutiva infundada não tem necessariamente uma resposta única.

Por outro lado, a impossibilidade do reconhecimento na declaração de resolução infundada de um verdadeiro negócio jurídico e, bem assim, do efeito extintivo do contrato, não significa que este acto se encontre destituído de relevância jurídica, designadamente no âmbito da execução do contrato.

⁶²⁴ No original: «[d]ie Rechtsfolgen einer Rücktrittserklärung (...) können im Ergebnis erst eintreten wenn feststeht, dass die Rücktrittserklärung des Gläubigers zu Recht erfolgt ist, insbesondere dass ein Rücktrittsgrund besteht» («Rechtswirkungen...cit.,p. 953).

⁶²⁵ Veja-se, neste sentido, o acórdão de 13.12.2007 do STJ (proc. n.º 07A2378, disponível em www.dgsi.pt).

⁶²⁶ Adoptamos aqui uma posição oposta àquela de PAIS DE VASCONCELOS, para quem a regra será a *eficácia* da resolução sem fundamento e a excepção a sua *ineficácia*, aplicável aos casos em que a *relação contratual tem uma especial relevância social* (Teoria...cit.,p. 773 e s.).

§3. HERMENÊUTICA DA DECLARAÇÃO DE RESOLUÇÃO INFUNDADA O VALOR SINTOMÁTICO DA DECLARAÇÃO

Apesar de a declaração de resolução ilícita não produzir os efeitos pretendidos pelo seu autor tem relevância como acto ilícito, no contexto do contrato, devendo assim ainda ser valorada no âmbito da execução deste, do respectivo fim, enquanto manifestação de vontade, enquanto comportamento de uma das partes. A declaração de resolução releva não como acto ou negócio exterior ao contrato, dirigido à sua extinção – já que a respectiva ilicitude obsta à produção do efeito destrutivo, mas enquanto acto de execução do contrato.

A determinação da respectiva relevância no âmbito contratual dependerá, desde logo, da determinação do *sentido e alcance* desta declaração.

Dir-se-á que o sentido desta declaração é claro: se a interpretação tem como finalidade a determinação do conteúdo do acto/negócio, a declaração de resolução tem como finalidade a destruição do negócio jurídico.

Partindo da definição proposta por FERREIRA DE ALMEIDA, nos termos da qual «[a] interpretação é o acto ou actividade que consiste na determinação daquilo que (o significado) foi compreendido de um acto de comunicação»⁶²⁷, poderá outro significado ser ainda retirado de uma leitura de segundo grau da declaração de resolução? O que é que o receptor de tal mensagem dela terá compreendido? Para nos ajudar nesta tarefa, tomemos o seguinte exemplo.

A, proprietário de uma loja de pronto a vestir na Baixa de Lisboa, tinha um contrato de fornecimento de roupa da marca X com B. Mensalmente B enviava a A os catálogos com as novas peças, escolhendo este último aquelas que pretendia receber no próximo mês. O pagamento era feito no momento da entrega de cada uma das encomendas. Na véspera da data prevista para a entrega da última encomenda, B contactou A avisando-o de que esta não

⁶²⁷ *Texto...cit.*, p. 183.

chegaria na data prevista, mas um dia depois. Perante tal notícia, A declarou a B que, em razão do atraso ocorrido na entrega, tinha perdido o interesse no contrato, pelo que procedia à respectiva resolução. Na verdade o que sucedeu foi que na véspera, um amigo de A, que vivia em Nova Iorque, dissera ao amigo que lhe poderia passar a trazer a mesma colecção por um preço substancialmente inferior. A imediatamente aceitou a oferta do amigo, desinteressando-se assim do contrato celebrado com B. A declaração de resolução do contrato de A é manifestamente infundada, na medida em que o atraso de um dia na entrega das peças encomendadas não constituía um incumprimento contratual relevante para efeitos de resolução. Tratou-se, com efeito, de uma desvinculação arbitrária do contrato que, como vimos atrás, em razão da respectiva ilicitude não produz o efeito desejado, isto é, a extinção do contrato.

Todavia, esta declaração, para além de exprimir a vontade de A destruir o contrato, encerra ainda outro(s) significado(s), designadamente, a intenção de A não cumprir o contrato, i.e., de não proceder ao pagamento do preço da roupa encomendada. Ao declarar que quer resolver o contrato, A está, simultaneamente, a declarar que não pretende adquirir a roupa em causa, que não cumprirá a obrigação de pagamento do preço quando esta se vencer.

A declaração de resolução infundada surge assim como um verdadeiro *sintoma* de um incumprimento contratual futuro, «*un campanello di allarme*»⁶²⁸. É este *valor sintomático*⁶²⁹ da declaração, manifestação de uma patologia mais profunda do contrato, que nos permite proceder à respectiva equiparação à figura da declaração antecipada de não cumprimento, à semelhança do que sucede nas ordens jurídicas de *common law*. Esta equiparação surge na doutrina,

⁶²⁸ Expressão de ROMANO, F. «Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine», *Rivista di Diritto Civile*, 1965, II, p. 613.

⁶²⁹ A expressão é de BAPTISTA MACHADO que a usa num contexto diverso, a propósito da resolução fundada num incumprimento contratual de menor importância, mas que, em razão da perda da confiança do credor no fiel cumprimento das prestações subsequentes, constitui fundamento bastante ao exercício da faculdade resolutiva («Pressupostos...*cit.*», p. 138).

designadamente em BAPTISTA MACHADO, BRANDÃO PROENÇA, CALVÃO DA SILVA, GRAVATO MORAIS e PAIS DE VASCONCELOS⁶³⁰, bem como em alguma jurisprudência. Veja-se, entre outros, o acórdão de 27.05.2010 do STJ em que o tribunal afirma que «[a] declaração resolutória, arbitrária ou caprichosa, sem justificação ou fundamento, consubstancia declaração ou comportamento inequívoco de não cumprir»⁶³¹.

Importante é salientar que, naturalmente, a interpretação desta declaração deverá ser contextualizada, isto é, inserida no quadro do comportamento do declaratório e nas circunstâncias em que foi emitida. Apenas quando a interpretação da declaração de resolução infundada e do comportamento do declarante, realizada de acordo com as regras gerais do Direito Civil, revele uma intenção de não cumprir o contrato, é que aquela deve ser entendida como uma declaração antecipada de não cumprimento⁶³². Assim, se a parte declarar o contrato resolvido por se encontrar em *erro* quanto à verificação uma situação de incumprimento, estando disposta a cumprir caso se prove a inexistência de incumprimento, não se poderá então reconduzir aquela declaração a uma recusa de cumprimento.

Ora, se nos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxónica, há muito que o *valor e os efeitos deste sintoma de incumprimento contratual* constituem matéria assente, não hesitando doutrina e jurisprudência a reconduzi-lo à figura do

⁶³⁰ BAPTISTA MACHADO, em anotação ao acórdão de 08.11.1983 na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 275, nota de rodapé n.º 2; PROENÇA, José Carlos Brandão, *Do incumprimento...cit.*, p. 89; SILVA, João Calvão da, *Sinal e Contrato Promessa*, 13.ª ed. (rev. e aumentada), Almedina, 2010, p. 150 e s.; MORAIS, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa em Geral. Contratos-Promessa em Especial*, Almedina, 2009, p. 164 e s.; e VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...cit.*, p. 773.

⁶³¹ Processo n.º 6882/03.7TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

⁶³² Veja-se, neste sentido, GUICHARD, Raúl, e PAIS, Sofia, «Contrato-Promessa...», *cit.*, p. 316 e o já referido acórdão de 31.05.2005 do STJ: «[a] declaração de resolução dum contrato, mesmo que o tribunal venha a entender que as razões invocadas não têm fundamento, só por si não equivale a vontade de não querer cumprir. Há que averiguar se tal comportamento revela recusa de cumprimento, permitindo considerá-lo incumprimento definitivo (...). Tudo depende da intenção, do propósito da declaração resolutiva» (proc. n.º 05B1494, disponível em www.dgsi.pt)

incumprimento do contrato, seja actual, seja antecipado⁶³³, por cá, debate-se ainda que relevância jurídica lhe deve ser reconhecida.

⁶³³ Veja-se, *supra*, capítulo II, §1.

CAPÍTULO IV

O VALOR DA RESOLUÇÃO INFUNDADA COMO RECUSA DE CUMPRIMENTO

§1. A RECUSA DE CUMPRIMENTO E A PROGRESSIVA ASSIMILAÇÃO DA REGRA DA *ANTICIPATORY BREACH* NALGUNS DIREITOS ROMANO-GERMÂNICOS

Muito embora a *anticipatory breach* seja ainda um instituto fortemente ligado às ordens jurídicas de *common law*, a verdade é que, pouco a pouco, veio a ganhar adeptos em alguns Direitos da família romano-germânica, tendo o Direito alemão sido o mais permeável a esta figura e os Direitos francês, espanhol e português, provavelmente, os mais resistentes.

O ângulo de abordagem da figura adoptado nesta família jurídica é, todavia, como salienta FERREIRA DE ALMEIDA, diferente do que encontramos nas ordens jurídicas de *common law*. De facto, enquanto estas centram o estudo da figura nos *efeitos* do acto – *anticipatory breach*, os direitos romano-germânicos focam o próprio *acto*, sendo tal particularmente visível na designação atribuída ao instituto: declaração antecipada de não cumprimento, *dichiarazione anticipata di non volere adempiere*, *Erfüllungsverweigerung*⁶³⁴.

§1.1. DIREITO ALEMÃO

1. Antes da *Schuldrechtsmodernisierung*

Muito embora a questão da declaração antecipada de não cumprimento apenas tenha sido objecto de tratamento legislativo com a reforma do Direito das Obrigações em 2002, a verdade é que já no início do século XX existia uma

⁶³⁴ «Recusa...*cit.*, p. 317.

orientação consolidada da doutrina e da jurisprudência alemãs quanto ao significado e à relevância jurídica daquela figura.

A discussão em torno da temática da recusa de cumprimento antes do vencimento é, com efeito, anterior ao BGB. Assim, no quadro do Código Comercial de 1861, a jurisprudência tendia a atribuir àquela declaração o efeito de dispensar a exigência de interpelação⁶³⁵. CONSTANTINESCO, por exemplo, refere uma sentença do *Reichsgericht* de 1881, em que o tribunal reconhece ao credor o direito a resolver o contrato na sequência da declaração antecipada de não cumprimento do devedor, sem necessidade de o colocar em mora e de cumprir outras formalidades previstas no Código Comercial⁶³⁶.

Com a entrada em vigor do BGB, em 1900, esta orientação manteve-se, precisando-se apenas que a recusa séria e definitiva de cumprimento consubstanciaria uma renúncia do devedor à fixação, pelo credor, do prazo admonitório do §326.

O enquadramento dogmático da figura é realizado apenas depois de o BGB já se encontrar em vigor, em 1902, com a teoria da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*) de STAUB⁶³⁷, que surge como um produto da constatação da insuficiência da regulação da matéria do incumprimento no BGB.

No texto do BGB de 1900, o devedor respondia perante o credor apenas em dois casos: não realização da prestação (impossibilidade) e mora⁶³⁸. Não se encontravam assim regulados os casos de violação do contrato por uma

⁶³⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 144.

⁶³⁶ *Inexécution...cit.*, p. 103, nota de rodapé n.º 1.

⁶³⁷ *Die positiven Vertragsverletzungen*, 2.ª ed., Eberhard, 1913. Note-se que a primeira publicação desta obra foi sob a forma de artigo, em 1902, sob o título «Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Folgen», *Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag*, tendo sido publicado, posteriormente em 1904 com o título *Die positiven Vertragsverletzungen*.

⁶³⁸ Veja-se, neste sentido, BASEDOW, J., «Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG», *International Review of Law and Economics*, n.º 25, 2005, p. 490 e ss.

actuação positiva, designadamente o cumprimento defeituoso da prestação⁶³⁹. Tal resultou do facto de, durante muito tempo, a perturbação da obrigação se ter visto reduzida a estas duas variantes, entendendo-se que com ambas «se tinha alcançado a disciplina completa da violação do vínculo creditício»⁶⁴⁰.

A completude e suficiência do regime do BGB foram postas em causa pouco depois da entrada em vigor daquele, tendo diferentes construções sido apresentadas pela doutrina para ultrapassar o problema. De entre as diferentes propostas avançadas, destaca-se a teoria de STAUB⁶⁴¹.

STAUB, partindo da ideia de que a violação da obrigação tanto pode resultar de actuações negativas como positivas, identificou no texto da lei uma lacuna. A teoria da violação positiva do contrato surge assim como um expediente para superar tal vazio, criando um enquadramento jurídico para os casos em que o dano resultasse, não da não realização da prestação, mas de vícios, irregularidades, da prestação efectuada (comportamentos positivos). STAUB propõe sancionar o comportamento do devedor através da aplicação analógica dos preceitos legais da mora, nos termos dos quais o credor lesado teria um direito de opção entre três remédios: a indemnização pelo dano, mantendo-se o contrato; a indemnização pelo dano, recusando qualquer outro acto de cumprimento; e a resolução do contrato.

De entre as diferentes situações reconduzíveis à *positive Vertragsverletzung*, STAUB distingue a violação de um dever de omissão, o incumprimento defeituoso, a falta de uma prestação em contratos de execução sucessiva e, finalmente, a declaração de não cumprimento.

⁶³⁹ Hoje o incumprimento defeituoso encontra tratamento expresso no BGB. Veja-se, a título de exemplo, o §281 («*Schadenersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung*»).

⁶⁴⁰ FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção, Separata do volume XXXVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994, p. 29.

⁶⁴¹ Antes de STAUB já outros Autores tinham procurado integrar a lacuna do BGB com recurso às regras da impossibilidade. Veja-se, a este propósito, CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 93.

Ao lado da mora e do incumprimento surgiu assim um *tertium genus* da patologia do contrato: a violação positiva do contrato⁶⁴².

Muito embora a teoria tenha sido objecto de inúmeras críticas, a jurisprudência assimilou-a quase de imediato, designadamente no que concerne à declaração de não cumprimento⁶⁴³. Era assim unanimemente aceite que a recusa *séria e definitiva* (*ernst und endgültig*) de cumprimento dispensava a fixação do prazo admonitório⁶⁴⁴. No que à doutrina diz respeito, também a relevância da declaração de não cumprimento foi aceite de forma generalizada, bem como a respectiva qualificação como forma de violação positiva do contrato⁶⁴⁵.

Alguns Autores, como FRIEDRICH, mantiveram uma distinção no tratamento da figura, consoante a declaração tivesse sido proferida antes ou depois do vencimento⁶⁴⁶. Assim, afirma FRIEDRICH, declarada a recusa *depois* do vencimento, em bom rigor, não se poderia falar de uma violação do contrato, na medida em que uma *declaração* não pode constituir um incumprimento do contrato; apenas o não cumprimento «real», de facto, constituiria. Não obstante, reconhecendo a legitimidade do credor para, com fundamento naquela declaração, pressupor que o contrato não será cumprido, admite uma reacção imediata do credor, não impondo a necessidade de, para tal, esperar até que o incumprimento *de facto* se verifique. Apesar de entender que esta matéria, por

⁶⁴² Para mais desenvolvimentos sobre a teoria da violação positiva do contrato, veja-se: PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 406 e ss.; FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato...cit.*, p. 29; VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, II, p. 126 e ss.; COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito...cit.*, p. 1058 e ss.; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 189 e ss., «Violação Positiva do Contrato» *Revista da Ordem dos Advogados*, 1981, p. 128 a 152 e *Da Boa Fé no Direito Civil*, 4.^a reimp. da edição de 1984, Almedina, 2011, p. 594 e ss. Na doutrina alemã: STAUB, Hermann, *Die positiven...cit.*; WESTHELLE, Fritz, *Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung*, Grote, 1978; WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3.^a ed., trad. de A.M. Hespanha da 2.^a ed. revista de 1967, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 507 e s.; LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 364 e ss., em especial, p. 367 e ss. Para uma aproximação de um ponto de vista do Direito Comparado, CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 91 e ss.

⁶⁴³ CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 103, nota de rodapé n.º 1.

⁶⁴⁴ LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, p. 365.

⁶⁴⁵ CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 103.

⁶⁴⁶ «Der Vertragsbruch...cit., p. 488 e ss.

razões de clareza e certeza jurídica, deveria ser objecto de tratamento legislativo expresso, FRIEDRICH encontra no texto do BGB de 1900 instrumentos de reacção e de protecção dos interesses do credor satisfatórios, designadamente nas regras sobre impossibilidade superveniente ou sobre a mora. Entende que, para efeitos da constituição em mora, podem a interpelação (*Manhung*) e, se aplicável, a determinação de um prazo adicional (*Nachfrist*) ser dispensadas, nos casos em que o devedor recuse de forma séria e definitiva cumprir, já que, em tais casos, aqueles passos serão inúteis.

No que à recusa declarada *antes* do vencimento concerne, entende o Autor que esta deve ser objecto de um tratamento absolutamente diverso, desde logo por as regras do BGB não lhe serem directamente aplicáveis. E isto porque, explica FRIEDRICH, o devedor só se encontra obrigado a cumprir a partir do vencimento, pelo que apenas a partir desse momento se poderá falar em incumprimento. O Autor propõe assim enquadrar a recusa de cumprimento na previsão do §271 (1) do BGB – por meio de uma interpretação extensiva do artigo – como uma circunstância que justifique o vencimento antecipado do prazo. Vencendo-se a obrigação, seriam então aplicáveis as regras gerais do BGB sobre o incumprimento (impossibilidade, mora).

Em síntese, pode-se dizer que até 2002, face à inexistência de normas que regulassem outras formas de incumprimento, para além do incumprimento *stricto sensu* e da mora, os casos reconduzíveis, em *common law*, à *anticipatory breach* continuaram a ser resolvidos com recurso às normas existentes – sobre incumprimento e mora – e aos princípios gerais do Direito⁶⁴⁷.

2. A *Schuldrechtsmodernisierung*

A *Schuldrechtsmodernisierung* veio reflectir no texto do BGB as orientações doutrinárias e jurisprudenciais que se tinham vindo a sedimentar na ordem

⁶⁴⁷ BASEDOW, J., «Towards...*cit.*», p. 491.

jurídica alemã em matéria de *anticipatory breach*^{648/649}, à semelhança do que sucedeu com outros conceitos legais desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência, como por exemplo a *culpa in contrahendo* (§311) e a alteração das circunstâncias (§313).

Embora incorporando a tradição jurisprudencial e doutrinal alemã quanto a esta matéria, é importante lembrar que a reforma teve por base também, designadamente na parte relativa ao incumprimento, a Convenção de Viena, em especial no que diz respeito à introdução de um conceito único de incumprimento abrangente de todas formas de não cumprimento – seja o incumprimento *stricto sensu*, a mora, o cumprimento defeituoso e a *anticipatory breach*⁶⁵⁰ – à semelhança do que encontramos no primeiro ponto dos artigos 45 e 61 da Convenção. Também a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, os Princípios Unidroit e os PDEC influenciaram de forma significativa a nova redacção do BGB.

O BGB atribui assim hoje, de forma expressa, relevância jurídica à recusa de cumprimento nos três seguintes casos.

O §281 (2) confere ao credor, perante o incumprimento do devedor, o direito a exigir uma indemnização caso aquele não cumpra dentro do prazo razoavelmente fixado para o efeito (*Nachfrist*). A fixação deste prazo

⁶⁴⁸ Veja-se LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, p. 279, nota 3.

⁶⁴⁹ Para uma visão mais abrangente da *Schuldrechtsmodernisierung* veja-se o artigo de GRUNDMANN, Stefan, «Germany and the Schuldrechtsmodernisierung», *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, n.º 1, p. 129 a 148; GRUNDMANN, Stefan, e OCHMANN, Florian, «German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung», *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 4, p. 451 a 467, para uma análise mais centrada no Direito do Consumo.

⁶⁵⁰ Veja-se, neste sentido, BASEDOW, J., «Towards...cit.», p. 487 a 500, em especial p. 492. Veja-se ainda, quanto ao regime do incumprimento no BGB na sequência da *Modernisierung*, WEIDT, Heinz, *Antizipierter Vertragsbruch*, Mohr Siebeck, 2008, p. 104 e ss. Quanto à ausência de um conceito abrangente e homogéneo de incumprimento no BGB antes da reforma veja-se também, EBKE, Werner F., e FINKIN, Matthew W., *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 179.

admonitório é todavia dispensada quando haja uma recusa séria e definitiva de cumprimento⁶⁵¹.

O §286 (2), por sua vez, dispensa a interpelação (*Manhung*) para a constituição do devedor em mora quando este recuse séria e definitivamente a prestação⁶⁵².

Finalmente, o §323 (1) determina que, perante o incumprimento do devedor num contrato bilateral, pode o credor resolver o contrato quando o devedor não tenha cumprido no prazo adicional conferido para o efeito. A fixação deste prazo é todavia dispensada, no ponto dois, quando o devedor recuse séria e definitivamente a prestação⁶⁵³.

3. Em especial,

O §323 (4)

Os artigos acima referidos reconhecem relevância jurídica à recusa de cumprimento apenas nos casos em que esta é emitida *após* o vencimento da obrigação⁶⁵⁴.

De facto, a figura da *anticipatory breach* surge somente no §323 (4), ao atribuir ao credor um direito de resolução *antes* do vencimento sempre que seja evidente (*offensichtlich*) que os pressupostos da resolução se encontrarão preenchidos *depois* do vencimento (§323 (4))^{655/656}. O âmbito de aplicação da

⁶⁵¹ Dispõe este artigo que «[d]ie Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert».

⁶⁵² Dispõe este artigo que «(2) [d]er Mahnung bedarf es nicht, wenn 1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, 2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt, 3. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert».

⁶⁵³ Dispõe este artigo que «(2) [d]ie Fristsetzung ist entbehrlich, wenn 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert».

⁶⁵⁴ Veja-se, quanto ao âmbito de aplicação destas disposições, WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 105 e 106.

⁶⁵⁵ Dispõe o §323 (4): «Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden». Veja-se, quanto ao exercício do direito de resolução antes do vencimento consagrado no §323 (4),

norma não se cinge pois aos casos de recusa de cumprimento, abrangendo todos os casos em que o não cumprimento seja previsível.

No que concerne ao juízo de prognose para o qual a regra remete, entende a doutrina que este deve ser realizado com base em factores *objectivos*. Note-se também que, não constituindo a culpa um pressuposto do exercício do direito de resolução, em geral, também aqui a ausência daquela não impede o credor de pôr fim ao contrato em caso de recusa de cumprimento⁶⁵⁷.

A consagração pela reforma no §323 (4), no quadro do regime da resolução, de uma norma dedicada à figura da violação antecipada do contrato reflecte uma orientação aceite já sob a forma de princípio no Direito anterior⁶⁵⁸, assente no reconhecimento, pela maioria da doutrina e da jurisprudência, na recusa de cumprimento antes do vencimento, da violação de um dever de actuar no sentido do cumprimento do contrato^{659/660}.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil. §241-432, 5.ª ed., org. Wolfgang Krüger, C.H. Beck, 2007, p. 1948 a 1950.

⁶⁵⁶ MEDICUS apresenta como exemplo o caso do empreiteiro que, pouco antes da data de vencimento da obrigação de conclusão da obra, ainda não deu início à respectiva execução («Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht», *Juristische Schulung*, 2003, n.º 6, p. 524).

⁶⁵⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, *The New...cit.*, p. 71. Note-se que, no que concerne ao direito a ser indemnizado, já a culpa é exigida.

⁶⁵⁸ WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 109. Veja-se ainda, neste sentido, a decisão do BGH de 28.01.2003 (X ZR 151/00), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, 1600.

⁶⁵⁹ WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 114.

⁶⁶⁰ Para mais desenvolvimentos sobre a figura da recusa antecipada de cumprimento no Direito alemão, veja-se LESSER, Martin, *Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen*, M.&H. Marcus, 1906, p. 65 e ss.; SCHULZE, Walter, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Eine Beitrag zu Lehre von den positive Vertragsverletzungen*, Risse Verlag, 1934; WIENERT, Hans, *Die Erfüllungsverweigerung bei gegenseitigen Verträgen nach und vor Fälligkeit*, 1936; BÖSS, Heinrich, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit*, Schön-Druck, 1939; HÜFFER, Uwe, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, Duncker & Humblot, 1976, p. 234 e ss.; FRIEDRICH, K., «Der Vertragsbruch...cit.»; FROHBERG, Gehrard, *Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung - Tatbestand und Rechtsfolgen*, Münster, S.I., 1979; AUWETER, Brigitte, *Die Antizipierte Erfüllungsverweigerung im Amerikanischen und Deutschen Kaufrecht*, Copy Shop, 1984; WERTENBRUCH, Johannes, «Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus §326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners», *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 193, Junho de 1993; EMMERICH, Volker, *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, 1997, p. 241 e ss.; GERNHUBER, Joachim, «Der endgültige Erfüllungsverweigerung», *Festschrift für Dieter Medicus Zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 145 a 159; e HUBER, Ulrich, *Leistungsstörungen. Die Folgen des Schuldnerverzugs, die Erfüllungsverweigerung*

Para parte da doutrina o §323 (4) representa ainda o reconhecimento pelo BGB da relevância jurídica do *objektive Erfüllungsgefährdung* (risco objectivo do cumprimento)⁶⁶¹, como factor que torna inexigível impor ao credor que aguarde mais tempo para pôr fim ao contrato. Do ponto de vista dogmático o §323 (4) associaria pois, segundo esta leitura, dois elementos: de um lado, a violação presente de um dever de lealdade («*Leistungstreuepflicht*»), decorrente do §241 (2), e, por outro, o risco do cumprimento antes do vencimento, figura próxima do impedimento objectivo da prestação e que não pressupõe a violação presente de qualquer dever⁶⁶².

Refira-se ainda apenas, no que concerne à possibilidade de o credor exigir o cumprimento da prestação antes do respectivo vencimento, que a lei processual o admite, como resulta do §259 da *Zivilprozessordnung*, que estabelece o regime das acções que tenham por objecto prestações futuras, i.e., ainda não vencidas⁶⁶³. Assim, o credor pode, com excepção dos casos previstos nos §257 e 258, pedir a condenação no cumprimento da obrigação antes do vencimento da mesma, desde que exista uma preocupação de esta não vir a ser realizada no prazo devido. Já não se admite porém que o credor requeira quaisquer diligências executórias. A vantagem de tal condenação consiste assim apenas na possibilidade de, decorrido o prazo relevante, a execução da decisão condenatória ser imediatamente requerida. Refira-se ainda que a lei permite ao credor requerer simultaneamente com a acção de condenação uma medida de arresto para garantir a obrigação devida (§916 e 935 do ZPO)⁶⁶⁴.

und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, vol. II, Handbuch des Schuldrechts, Mohr Siebeck, 1999.

⁶⁶¹ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de *Erfüllungsgefährdung* veja-se WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 109 e ss. e 130 e ss..

⁶⁶² Neste sentido, WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 113.

⁶⁶³ Determina o §259 do ZPO, sob a epígrafe, «*Klage wegen Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung*»: «*Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde*».

⁶⁶⁴ Para mais desenvolvimentos sobre a acção de cumprimento antes do vencimento veja-se WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 170 e ss.

§1.2. DIREITO ITALIANO

Em Itália não encontramos qualquer disposição na lei que regule o instituto do incumprimento antecipado em termos gerais, à semelhança, designadamente, do artigo 9:304 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos.

O *Codice* reconhece porém relevância expressa à recusa de cumprimento, quando emitida *por escrito*. O artigo 1219 do Código Civil Italiano determina que o devedor é constituído automaticamente em mora, isto é, sem a necessidade de interpelação escrita pelo credor, quando tenha declarado *por escrito* que não quer executar a obrigação⁶⁶⁵.

Recentemente, porém, a jurisprudência e a doutrina têm vindo a reconhecer como relevante a manifestação pelo devedor de uma intenção de não cumprir ainda que realizada por outras formas que não a escrita. O âmbito de aplicação do artigo 1219 do CCI tem sido assim alargado, com fundamento, essencialmente, na necessidade de oferecer uma tutela adequada dos interesses do credor, não o obrigando, designadamente, a esperar pela data de vencimento da obrigação para exercer os seus direitos, sempre que tenha a certeza de que aquela não será cumprida. Justificando esta extensão do âmbito de aplicação do artigo 1219, FRAGALI argumenta que da atribuição dos efeitos definidos no n.º 2 do artigo 1219 do CCI à declaração escrita de não cumprimento não se pode, nem se deve, inferir a inocuidade jurídica da declaração de não cumprimento que não preencha aquela forma⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ O artigo dispõe: «1219 (*Costituzione in mora*). *Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto. Non è necessaria la costituzione in mora: (...) 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione*». Para mais desenvolvimentos sobre o artigo 1219, veja-se VISINTINI, G., «Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222», *Il Codice Civile Commentario*, org. Piero Schlesinger, Giuffrè, 1987, p. 423 a 454.

⁶⁶⁶ FRAGALI, M., «La dichiarazione anticipata di non volere adempiere», *Rivista del Diritto Commerciale*, Julho/Agosto de 1966, I, p. 249.

Note-se todavia que, enquanto alguns Autores defendem que esta constituição em mora ocorre imediatamente, outros entendem que a sua eficácia se encontra diferida para o momento de vencimento da obrigação⁶⁶⁷.

No que concerne à equiparação da declaração de não cumprimento antes do vencimento ao incumprimento, designadamente para efeitos de resolução do contrato, doutrina e jurisprudência mostram-se, ainda hoje, particularmente relutantes e pouco consistentes, oscilando entre uma adesão tímida e uma recusa da equiparação, ambas, em regra, pouco fundamentadas^{668/669}.

O percurso de reconhecimento de uma relevância jurídica à recusa de cumprimento antes do vencimento formou-se por meio de sucessivos avanços e recuos, revelando-se, por isso, particularmente interessante.

1. Evolução

Antes da década de 40 do século XX, a regra da *anticipatory breach* era *liminarmente* recusada e isto com base, essencialmente, em três argumentos. Por um lado, a impossibilidade lógica de ocorrer uma situação de incumprimento num momento em que a obrigação ainda não é exigível, por outro, a impossibilidade de o credor requerer, antes do vencimento da obrigação, a execução específica da mesma, faculdade reservada para o incumprimento e, finalmente, a impossibilidade de uma mera declaração consubstanciar uma situação de incumprimento.

Posteriormente, porém, doutrina e jurisprudência, adoptaram uma postura mais flexível na abordagem desta matéria, aproximando-se da teoria da

⁶⁶⁷ Veja-se quanto a esta questão, ainda que a propósito da interpretação do 1219, n.º 2 do *Codice Civile*, e apenas quanto à recusa de cumprimento realizada por escrito, TARTAGLIA, P., «Dichiarazione...*cit.*», p. 24.

⁶⁶⁸ Veja-se neste sentido, FRAGALI, M., «La dichiarazione...*cit.*», p. 246.

⁶⁶⁹ Para uma análise da jurisprudência italiana sobre a questão, veja-se PRINCIGALLI, A.M., «La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere», *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, Milella, Janeiro/Setembro de 1970, p. 24250 e ss.; ROMANO, F. «Valore...*cit.*», p. 607 e ss.; e FRAGALI, M., «La dichiarazione...*cit.*», p. 244 e ss.

anticipatory breach, sem que, todavia, uma linha unívoca de pensamento fosse ainda discernível. Assim, em alguns casos, reconhecia-se, em termos genéricos, uma equivalência entre a declaração de não cumprimento e o incumprimento, enquanto noutros, ainda que tal equivalência não fosse expressamente referida, reconhecia-se ao credor, perante a declaração de não cumprimento, o direito a interpor uma acção de resolução (ou a resolver) do contrato. Os efeitos da decisão judicial de resolução eram todavia – em regra – diferidos para a data de vencimento da obrigação em causa, encontrando-se a sua eficácia ainda condicionada ao efectivo não cumprimento do devedor⁶⁷⁰.

Estabeleceu-se igualmente um consenso quanto às características da declaração: esta apenas seria atendível, para efeitos de equiparação ao incumprimento, quando exprimisse uma vontade séria e definitiva⁶⁷¹. Alguns Autores admitiam ainda que a declaração antecipada de não cumprimento fosse tácita⁶⁷².

A este período de maior aceitação da teoria da *anticipatory breach*, sucedeu, nos anos 50 e 60, um novo recuo, de negação absoluta de efeitos jurídicos à recusa de cumprimento manifestada antes do vencimento, designadamente no que concerne ao reconhecimento de um direito de o credor resolver o contrato. Esta nova orientação, seguida, entre outros por NATOLI⁶⁷³, apoiava-se, essencialmente, em duas ideias: de um lado, que até ao vencimento da obrigação o devedor poderia sempre cumprir e, de outro, que a equiparação da

⁶⁷⁰ Veja-se quanto a esta orientação, FRAGALI, M., «La dichiarazione...cit.», p. 247.

⁶⁷¹ MURARO refere a este propósito: «[u]na condizione di fatto che giurisprudenza e dottrina esigono insistentemente, è la serietà e la definitività della dichiarazione» («L'inadempimento prima del termine», *Rivista di Diritto Civile*, 1975, I, p. 290). Veja-se também a este propósito, FRAGALI, M., «La dichiarazione...cit.», p. 252. Refira-se apenas que FRAGALI dispensa o requisito da *estabilidade* para efeitos de equiparação da declaração de não cumprimento antecipada ao incumprimento. Isto porque, no incumprimento *regular* (i.e., ocorrido após o vencimento da obrigação) se admite que, após a constituição em incumprimento, o devedor venha ainda a cumprir, não o podendo apenas fazer quando o credor tenha requerido a resolução («La dichiarazione...cit.», 258).

⁶⁷² FRAGALI refere MOSCO («La dichiarazione...cit.», p. 252).

⁶⁷³ NATOLI, U., *L'Attuazione Del Rapporto Obbligatorio. Appunti delle Lezioni*, I, 2.^a ed., Giuffrè, 1966, p. 160 e s.

recusa de cumprimento a uma situação de incumprimento equivaleria a atribuir à declaração de não cumprimento não escrita, um efeito mais grave que aquele atribuído pela lei à mesma declaração quando realizada por escrito – mera mora (artigo 1219 do Código Civil italiano).

Este breve panorama mostra-nos que o percurso da figura da recusa de cumprimento antes do vencimento no sistema jurídico italiano tem sido particularmente sinuoso e conturbado. Hoje, como já referimos, existe uma tendência genericamente aceite de equiparação desta figura à mora. Alguns Autores porém vão mais longe, reconhecendo na declaração de não cumprimento antes do vencimento um incumprimento antecipado do contrato.

2. Em especial: casos de recondução da recusa de cumprimento à figura do incumprimento antecipado

Alguma doutrina e jurisprudência defendem a equiparação da recusa de cumprimento antes do vencimento ao incumprimento. Os fundamentos avançados para a defesa desta posição variam, como teremos a oportunidade de ver em seguida, podendo-se dizer todavia que giram, essencialmente, em torno de três grandes vectores: de um lado, a ideia de que perante o comportamento do devedor não é exigível que o credor tenha de esperar até ao vencimento da obrigação para pôr em movimento os instrumentos de reacção à violação do crédito; de outro, que a reacção preventiva do credor permite minimizar os danos na posição do devedor; e, finalmente, que o devedor se encontra sujeito a um dever de não contradizer a vontade de cumprir manifestada aquando da celebração do contrato.

FRAGALI reconhece na confiança depositada pelo credor no cumprimento, na expectativa criada (fundamento subjectivo), de um lado e, de outro, num dever de o devedor conduzir a obrigação a bom porto (fundamento objectivo), os fundamentos jurídicos da figura do incumprimento antecipado. Ao declarar,

antes do vencimento da obrigação, que não cumpre, o devedor, de um ponto de vista subjectivo viola a confiança do credor no cumprimento voluntário da obrigação, a expectativa de cumprimento; de um ponto de vista objectivo, viola a obrigação de não revogar a vontade de cumprimento expressa ao tempo da celebração do contrato⁶⁷⁴. O Autor distingue esta *obrigação de não revogar a vontade de cumprimento* expressa no momento de celebração do contrato da *não contradição da intenção de cumprir*. A intenção de cumprir não é objecto de uma actividade do devedor, não podendo a sua não contradição ser objecto de uma obrigação. A violação desta última constituiria apenas fonte de responsabilidade, não servindo de base a um pedido de execução coerciva da obrigação ou de resolução do contrato⁶⁷⁵. Por outro lado, à violação da obrigação de não revogar a vontade de cumprimento, não corresponderia um direito de crédito do credor, no sentido em que este pudesse vir a exigir o respectivo cumprimento, mas apenas um direito a reagir perante um comportamento omissivo do devedor de uma actividade que implique a certeza do incumprimento no momento do vencimento⁶⁷⁶.

FRAGALI salienta ainda que a tutela preventiva reconhecida ao credor por meio da equiparação da declaração ao incumprimento não consubstancia um desvio à lógica sistemática do *Codice Civile*, designadamente se não se perder de vista as previsões normativas respeitantes à perda do benefício do prazo e à excepção de não cumprimento, entre outras. A resolução do contrato com fundamento numa declaração antecipada de não cumprimento enquadra-se no complexo de medidas de protecção antecipada do interesse do credor de não permanecer vinculado a um contrato que perdeu a sua força originária⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ FRAGALI, M., «La dichiarazione...*cit.*, p. 256.

⁶⁷⁵ «La dichiarazione...*cit.*, p. 254..

⁶⁷⁶ FRAGALI, M., «La dichiarazione...*cit.*, p. 256.

⁶⁷⁷ FRAGALI, M., «La dichiarazione...*cit.*, p. 261. Sem prejuízo do exposto, importa ainda referir que FRAGALI entende que a declaração de não cumprimento antecipado, não obstante equivaler a uma situação de incumprimento, não liberta o credor da obrigação de interpelar a contraparte para o cumprimento, nos termos do artigo 1454 do CCI, para efeitos de resolução do contrato.

MURARO, mais próximo da doutrina anglo-saxónica e, em especial da jurisprudência de *Frost v. Night*, encontra o fundamento para o reconhecimento da relevância jurídica da declaração de não cumprimento numa obrigação de o devedor, todo ao longo da relação obrigacional, não actuar em sentido contrário ao cumprimento e de se manter em condições de, no momento do vencimento da obrigação, tomar as providências necessárias ao respectivo cumprimento. Neste contexto, «(...) *una dichiarazione del debitore di non volere adempiere (...) appare chiaramente contraria ai modi in cui deve atteggiarsi costantemente la volontà del debitore, anche in osservanza del generale dovere di correttezza che deve improntare tutto il rapporto obbligatorio (...)*»⁶⁷⁸. Por outro lado, salienta o Autor, considerando o direito de crédito na sua vertente económica, a recusa de cumprimento, ou qualquer outra manifestação da intenção de não cumprir, constitui *per se*, imediatamente, uma lesão dos interesses do credor ligados à maximização do valor do crédito⁶⁷⁹. Finalmente, aponta o Autor, a recondução da declaração de não cumprimento ao incumprimento, justifica-se também pela indesejabilidade de manter vivas expectativas com base num compromisso que se tornou intimamente equívoco e sem força⁶⁸⁰.

VISINTINI defende uma posição próxima de MURARO, com influência clara da doutrina da violação positiva do contrato, na medida em que para a Autora o fundamento da equiparação reside na obrigação de as partes, no cumprimento das obrigações, actuarem de acordo com a boa fé⁶⁸¹. SACCO, de seu lado, defende a equiparação da declaração de não cumprimento ao incumprimento com base, de um lado, na necessidade de proteger o credor –

Esclarece o Autor que a necessidade de interpelação resulta «(...) *non perché quella dichiarazione non è inadempimento, ma perché essa non configura un inadempimento idoneo a cagionare quell'effetto*» (a resolução). O Autor refere ainda que «(...) *del resto, la diffida non si può evitare, per lo stesso effetto, nemmeno quando il creditore abbia proceduto alla intimatio o alla interpellatio*» («La dichiarazione...*cit.*, p. 252).

⁶⁷⁸ MURARO, G., «L'inadempimento prima del termine», *Rivista di Diritto Civile*, 1975, I, p. 278.

⁶⁷⁹ MURARO, G., «L'inadempimento...*cit.*, p. 283.

⁶⁸⁰ MURARO, G., «L'inadempimento...*cit.*, p. 283 e 284.

⁶⁸¹ VISINTINI, G., PISU, Luciana Cabella, «L'inadempimento delle obbligazioni», *Trattato di Diritto Privato – Obbligazioni e Contratti*, I, org. Pietro Rescigno, UTET, 1991, p. 189.

não é justo, argumenta o Autor, que depois de uma tal declaração se obrigue o credor a esperar até à data de vencimento da obrigação de forma a comprovar se o devedor cumpre ou não⁶⁸² – e, de outro na maior eficácia do instituto da resolução que é tanto mais eficiente quanto mais tempestiva seja⁶⁸³.

3. Alguns casos de recusa da equiparação

A doutrina – significativa – que recusa a equiparação da declaração antecipada de não cumprimento ao incumprimento é bastante diversificada.

RUBINO, por exemplo, entende que a recusa de cumprimento não é fundamento bastante para o exercício do direito de resolução, não constituído também impedimento ao cumprimento do contrato pelo devedor, vencido o termo da obrigação⁶⁸⁴. MIRABELLI nega qualquer relevância à recusa de cumprimento, ainda que emitida depois da interpelação para o cumprimento do artigo 1454 do Código Civil. Para este Autor a recusa de cumprimento não poderá servir de fundamento ao exercício do direito de resolução, nem tão pouco ao exercício da exceção de não cumprimento⁶⁸⁵.

ROMANO, por sua vez, opõe-se à equiparação da recusa de cumprimento antes do vencimento ao incumprimento com base no princípio *pacta sunt servanda*, tanto na vertente de irrevocabilidade – nos termos do qual o contrato apenas pode ser extinto por acordo das partes, como de intangibilidade do seu conteúdo – que determina a imutabilidade das convenções contratuais⁶⁸⁶. Reforça a sua posição insistindo ainda na impossibilidade lógica do incumprimento antes do vencimento da obrigação, chamando a atenção para

⁶⁸² Argumenta o Autor que, «[è] vero che il ventilato proposito di non adempiere non dà la certezza della futura violazione (...) è altrettanto vero che il creditore, in attesa della scadenza, non dev'essere obbligato a sfogliare la margherita, per indovinare cosa farà il debitore" («I Rimedi...cit., p. 609).

⁶⁸³ SACCO, Rodolfo, «I Rimedi...cit., p. 608 e ss.

⁶⁸⁴ Apud MURARO, G., «L'inadempimento...cit., p. 275, nota de rodapé n.º 54.

⁶⁸⁵ Apud MURARO, G., «L'inadempimento...cit., p. 276, nota de rodapé n.º 54.

⁶⁸⁶ ROMANO, F. «Valore...cit., p. 607 e ss.

uma «*frattura logica*» na regra da *anticipatory breach*⁶⁸⁷. Note-se que, apesar de recusar a equiparação da declaração de não cumprimento antes do vencimento ao incumprimento, o Autor não lhe nega relevância jurídica, designadamente como fonte de responsabilidade do devedor, com fundamento na violação de deveres de correcção na execução do contrato ou, ainda, como proposta de resolução do contrato que o credor pode ou não aceitar. Neste caso, afirma ROMANO, «(...) *si giunge quindi alla risoluzione, ma non come misura per la disfunzione del rapporto, bensí nell'esplicazione di poteri di autonomia*»⁶⁸⁸. Finalmente, refira-se que ROMANO reconhece relevância à declaração de não cumprimento, como fundamento para resolução do contrato, se esta for acompanhada de um comportamento inactivo no momento do vencimento da obrigação⁶⁸⁹.

Importa ainda mencionar TARTAGLIA, muito próximo de ROMANO, na medida em que admite que a recusa de cumprimento pode, de um lado, quando acompanhada de um comportamento relevante constituir fundamento para o exercício da resolução⁶⁹⁰, e, de outro, consubstanciar uma proposta de resolução do contrato⁶⁹¹. O Autor não exclui a figura do incumprimento antes do vencimento, salientando aliás a respectiva importância, já que «(...) *non concependosi l'esistenza di un inadempimento prima del termine e quindi non essendo concesso alcun mezzo di tutela contro di esso, all'altro contraente, intenzionato per da parte sua ad adempiere, non resterebbe che aspettare inerte la scadenza dell'obbligazione con possibili gravi ed irreparabili conseguenze d'ordine pratico per lui*»⁶⁹².

⁶⁸⁷ ROMANO, F. «Valore...*cit.*, p. 607.

⁶⁸⁸ ROMANO, F. «Valore...*cit.*, p. 614. FRAGALI refere de entre os Autores que perfilham uma tal orientação COBIANCHI («La dichiarazione...*cit.*, p. 250).

⁶⁸⁹ «Valore...*cit.*, p. 611.

⁶⁹⁰ «Dichiarazione...*cit.*, p. 27.

⁶⁹¹ «Dichiarazione...*cit.*, p. 27.

⁶⁹² «Dichiarazione...*cit.*, p. 27.

Outra parte ainda da doutrina italiana reconhece à declaração de não cumprimento apenas o efeito de provocar a perda do benefício do prazo⁶⁹³.

§1.3. DIREITO FRANCÊS

1. Um vazio legal, doutrinal e jurisprudencial quebrado pela discussão da reforma do Direito dos Contratos

A regra da *anticipatory breach* tem passado relativamente despercebida no Direito Francês, sendo as referências ao problema extremamente escassas⁶⁹⁴, em especial na jurisprudência⁶⁹⁵, apesar dos esforços de alguma doutrina (minoritária) mais permeável à assimilação desta regra.

Também na lei a questão, *lato sensu*, do incumprimento de uma obrigação ainda não vencida se encontra ausente. Poder-se-ia, talvez, entrever no artigo 1188.º do Código Civil francês – perda do benefício do prazo como consequência da diminuição de garantias do devedor, um reflexo da figura. Todavia, em rigor, aqui não se poderá falar de *anticipatory breach*, já que a diminuição de garantias apenas gera a perda do benefício do prazo, tornando a obrigação imediatamente exigível, não conferindo ao credor o direito a resolver o contrato. Esta faculdade apenas se encontrará disponível se, na sequência do vencimento da obrigação, o devedor não proceder ao respectivo cumprimento.

⁶⁹³ Outros opõem-se a esta orientação, contrapondo-lhe a ausência de previsão nas circunstâncias – taxativas – que, nos termos do 1186 do Código Civil italiano, determinam a perda do benefício do prazo (FRAGALI refere PERSICO, ROMANO e RAVAZZONI - *Rivista del Diritto Commerciale*, 1966, I (Julho/Agosto), p. 250). Veja-se ainda MURARO, G., «L'inadempimento...cit.», p. 276, nota de rodapé n.º 54.

⁶⁹⁴ Veja-se, neste sentido, LAITHIER, Y.-M., *Étude...cit.*, p. 557.

⁶⁹⁵ LAITHIER refere a existência de apenas uma sentença de 1934 – do tribunal de comércio do Havre – que admitiu que o credor, depois da denúncia do contrato, exigisse uma indemnização pelo incumprimento de uma obrigação ainda não devida, com fundamento nas repetidas declarações do devedor de que não cumpriria (*Étude...cit.*, p. 558). Como veremos adiante, outras sentenças há – anteriores a 2004 – que tomam em consideração a regra da *anticipatory breach*.

Também os artigos 1613.^o e 1653.^o do *Code civil* são por vezes referidos como manifestações daquela regra, muito embora prevejam somente o exercício da excepção de não cumprimento e não de uma faculdade de resolução antecipada.

De facto, até à discussão suscitada pela elaboração de um projecto de reforma dos contratos e, subsequentemente, pelo ante-projecto de reforma do Direito dos Contratos, apresentado pelo Ministério da Justiça em Julho de 2008⁶⁹⁶, e revisto em 2009, as noções de *repudiation* e *anticipatory breach*, com os efeitos que a *common law* lhes reconhece, eram – praticamente – desconhecidas pela ordem jurídica francesa⁶⁹⁷.

2. Explicações para este vazio

Esta ausência de interesse na figura deveu-se, pelo menos em parte, à *l'ombre tutélaire de la force obligatoire du contrat*⁶⁹⁸ que paira sobre o Código Civil francês e que privilegia de forma particularmente intensa a manutenção do contrato em detrimento da sua extinção.

Por outro lado, a distinção entre o momento do surgimento da obrigação e aquele em que esta se torna exigível é feita de modo especialmente enfático pelo *Code civil*, que, no artigo 1186.^o, determina que «[c]e qui n'est dû qu'à terme, ne

⁶⁹⁶ A versão integral deste ante-projecto está disponível em www.lexinter.net/ACTUALITE/projet_de_reforme_du_droit_des_contrats.htm. Para uma análise mais desenvolvida do mesmo, veja-se MAZEAUD, D., «La réforme du droit français des contrats», *La Revue Juridique Thémis*, vol. 44, n.º 1, 2010, p. 243 a 257. Note-se que este projecto foi objecto de revisões substanciais posteriormente, tendo sido em Maio de 2009 apresentada nova versão, ainda em discussão.

⁶⁹⁷ Veja-se, neste sentido, WHITTAKER, Simon, «How does French law deal with anticipatory breaches of contract?», *International & Comparative Law Quarterly*, n.º 45, 3, 1996, p. 662.

⁶⁹⁸ Expressão de C. JAMIN («Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique?», *Les sanctions d'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, org. M. FONTAINE e G. VINEY, L.G.D.J., 2001, p. 452). Veja-se ainda, a propósito da importância fundamental do princípio da força obrigatória do contrato no Direito Francês, ROUHETTE, Georges, «The Obligatory Force of Contract in French Law», *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, org. Donald Harris e Denis Tallon, Clarendon Press, 1989, p. 3 e ss. e LAITHIER, Y.-M., *Étude...cit.*, p. 556 e ss.

peut être exigé avant l'échéance du terme (...)». A execução da obrigação é diferida para o momento do respectivo vencimento, impedindo assim o credor de exigir o seu cumprimento e, simultaneamente, de accionar, em regra, qualquer meio de defesa do direito de crédito antes daquele momento.

Também a impossibilidade lógica do accionamento de meios previstos para o incumprimento quando este ainda não tenha ocorrido tem sido referida como fundamento para a recusa de aplicação da regra da *anticipatory breach*.

Finalmente, os riscos de aumento de casos de resolução ilícita, encobertos por um alegado receio ou probabilidade de incumprimento futuro, resultantes de assimilação da regra da *anticipatory breach*, têm sido invocados como obstáculos à recepção desta.

Por tudo o que se disse, não espanta que o instituto da *anticipatory breach* tenha tido um acolhimento pouco significativo no Direito Francês, pressupondo a resolução assim, em regra, a verificação presente do incumprimento do contrato⁶⁹⁹.

3. Estado da arte

A maioria da doutrina que se pronuncia sobre a declaração antecipada de não cumprimento e lhe reconhece relevância jurídica no âmbito da execução do contrato entende que esta coloca o devedor automaticamente em mora, dispensando assim a respectiva interpelação.

Apesar de ser esta a posição da maioria, uma minoria, reconhecendo a utilidade e as vantagens económicas da regra da *anticipatory breach*, admite uma aproximação entre a recusa de cumprimento antes do vencimento e o

⁶⁹⁹ Veja-se, a título de exemplo, PAN CRAZI-TIAN que, a propósito dos pressupostos de aplicação do instituto resolutivo, afirma que este «(...) vise um manquement avéré (et qu'en conséquence il ne doit pas permettre de prononcer la résolution par crainte d'une inexécution future)» (*La protection...cit.*, p. 266).

incumprimento do contrato, discutindo os meios para a introdução daquela regra na ordem jurídica francesa.

VANWIJCK-ALEXANDRE, no contexto de um estudo centrado na figura da *anticipatory breach* nos Direitos belga e francês, defende a assimilação desta regra na ordem jurídica francesa, com fundamento na violação de uma obrigação implícita de não perturbar a execução do contrato e a confiança do credor na satisfação do respectivo crédito⁷⁰⁰. Esta obrigação, devida desde o momento da celebração do contrato, decorreria do princípio geral da boa fé e do princípio da força obrigatória do contrato, cuja base legal se encontra no artigo 1134.º do Código Civil francês. Trata-se, em síntese, da fundamentação apresentada em *Hochster v. de la Tour* pelo tribunal para a aplicação daquela regra. A *anticipatory breach* teria assim como fundamento a violação de uma obrigação *exigível*. A recusa de cumprimento constituiria uma violação *presente* de uma obrigação *implícita*, fundamento bastante para o accionamento pelo credor dos meios previstos na lei para o incumprimento, designadamente a resolução do contrato⁷⁰¹.

A Autora sustenta esta construção recorrendo a outras regras, constantes do Código Civil francês, cujo fundamento é unânime e pacificamente reconduzido, pela doutrina e jurisprudência, a um conjunto de *obrigações implícitas*. Entre estas, refere, a título de exemplo, o artigo 1178.º – nos termos do qual a condição se tem por verificada quando o devedor tenha impedido a sua ocorrência – cujo fundamento é reconduzido pela doutrina a uma obrigação implícita de o devedor se abster de perturbar a verificação da condição.

Além de VANWIJCK-ALEXANDRE, também LAITHIER se dedicou extensamente à questão da *anticipatory breach* e, em particular, à respectiva relevância na ordem jurídica francesa, no contexto de um estudo comparativo

⁷⁰⁰ *Aspects...cit.*, p. 493 e ss.

⁷⁰¹ VANWIJCK-ALEXANDRE, M., *Aspects...cit.*, p. 515 e ss.

das diferentes sanções por incumprimento⁷⁰². Embora reconhecendo que a figura é rejeitada pelo Direito positivo francês, o Autor mostra-se particularmente receptivo à sua assimilação, tendo em atenção, em particular, os respectivos benefícios económicos.

No entender do Autor, a distância que separa o Direito Francês dos Direitos de *common law* no que concerne à regra da *anticipatory breach* tem por base uma concepção radicalmente diversa do incumprimento contratual. Enquanto no Direito Francês a teoria do incumprimento se encontraria construída – erradamente, no entendimento de LAITHIER – em torno do princípio da força obrigatória do contrato, quadro em que a resolução assume, necessariamente, um carácter excepcional, nos Direitos de *common law*, tal não sucederia. Ao invés, partindo da constatação de que o contrato existe numa economia de mercado, as ordens jurídicas de *common law* centrariam a teoria do incumprimento na determinação da medida adequada da interferência de preocupações de natureza económica no regime jurídico das sanções aplicáveis ao devedor inadimplente. Questões como a força obrigatória do contrato e a execução forçada em caso de não cumprimento não constituiriam o núcleo da teoria do incumprimento. Por outro lado, encontrando-se a análise económica do contrato ainda numa fase particularmente embrionária na literatura jurídica francesa, em particular quando comparada com aquelas outras ordens jurídicas, também por esta razão, não espanta que a *anticipatory breach*, figura especialmente orientada por considerações daquela natureza, não reúna um número significativo de adeptos⁷⁰³.

⁷⁰² LAITHIER, Y.-M., *Étude...*, cit., p. 596 e s.

⁷⁰³ Parecendo admitir, igualmente, a cessação do contrato em caso de incumprimento antecipado, DELEBECQUE interroga-se se se pode ir «(...) *encore plus loin en résiliant de manière unilatérale le contrat lorsque l'inexécution n'est pas encore consommée, lorsqu'elle n'est pas établie, lorsqu'il y a un doute ? Il semble que cette solution est en passe d'être admise, aussi bien dans les contrats à durée indéterminée que dans les contrats à durée déterminée*» («Le droit...», cit., p. 62).

Mais cauteloso quanto à utilidade e desejabilidade do acolhimento da regra da *anticipatory breach* na ordem jurídica francesa é GENICON⁷⁰⁴.

Muito embora entendendo que grande parte das situações abrangidas pela regra da *anticipatory breach* nos Direitos de *common law* encontra uma solução satisfatória no âmbito do instituto da resolução por incumprimento, tal qual este se encontra presentemente consagrado na lei, recorrendo à ideia de incumprimento presente – e não antecipado – da obrigação de abstenção de adoção de comportamentos contrários ao fim do contrato⁷⁰⁵, GENICON reconhece que algumas hipóteses não são reconduzíveis a uma violação desta obrigação. Tal será o caso em que a impossibilidade de inexecução futura do contrato não é imputável ao devedor e/ou em que não é possível qualificar o respectivo comportamento como contrário à boa fé. Donde, conclui o Autor, é necessário encontrar outro fundamento para a recepção da figura no Direito francês.

A procura de um fundamento para aquela regra é simultaneamente acompanhada por uma preocupação séria do Autor quanto a uma recepção demasiado ampla da mesma. Risco real, salienta, já que a própria definição das situações a enquadrar na *anticipatory breach* é vaga, na medida em que, para este efeito, é frequente recorrer-se a expressões como «*certeza ou probabilidade séria de incumprimento*» ou ainda «*quando seja manifesto que o devedor não cumprirá*». O carácter indeterminado das situações reconduzíveis à previsão da regra da *anticipatory breach* gera uma grande incerteza na aplicação da mesma, propiciando um recurso abusivo a esta, designadamente como meio para pôr fim a um contrato no qual, simplesmente, se perdeu o interesse. Neste quadro,

⁷⁰⁴ *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, L.G.D.J., 2007, p. 228 e ss.

⁷⁰⁵ O Autor considera desnecessário o recurso a uma ideia de uma obrigação implícita assumida pelas partes ao contratar, ventilada por VANWICK-ALEXANDRE. Para o Autor trata-se de uma obrigação emergente do princípio da boa fé. Note-se todavia que é frequente encontrar na Doutrina francesa a ideia de uma obrigação, decorrente da boa fé, *implicitamente* assumida pelas partes, de se abster de adoptar comportamentos contrários à boa execução do contrato, cujo incumprimento poderia consubstanciar uma violação contratual. Veja-se, a este propósito, CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 39 e 40.

recusa recorrer à previsão do artigo 1188.^o do *Code civil*, por entender que tal redundaria, a final, na admissibilidade da resolução do contrato sempre que houvesse (qualquer) receio de inexecução futura.

Procurando minimizar tais riscos, GENICON propõe uma integração da regra da *anticipatory breach* no Direito francês limitada, de um lado, aos casos em que a actuação do devedor ponha em risco o fim do contrato – situação em que não será sequer necessário recorrer à ficção da antecipação, já que aquele comportamento consubstancia em si mesmo um incumprimento *presente* do contrato – e, de outro, aos casos de impossibilidade total e definitiva de cumprimento do contrato. Apesar de reconhecer que a limitação da relevância do receio de incumprimento futuro como fundamento para a resolução do contrato pode, em alguns casos, ser frustrante, a segurança jurídica concretizada, em particular, na necessidade de impedir a resolução do contrato por mera perda de interesse do credor, torna-a necessária.

No que concerne à jurisprudência, a maioria tende a não admitir o recurso pelo credor aos instrumentos previstos para o incumprimento, em caso de recusa de cumprimento antes do vencimento, reconhecendo a esta declaração apenas o efeito de colocar o devedor automaticamente em mora⁷⁰⁶. Veja-se, entre outras, a decisão de 5 de Fevereiro de 1969 da câmara comercial da *Cour de cassation* que reverteu a decisão da *Cour d'appel* na parte em que declarava resolvido um contrato com base no receio fundado do credor de incumprimento futuro do contrato pelos devedores⁷⁰⁷.

Os casos de aplicação da regra da *anticipatory breach* são, de facto, excepcionais. GENICON refere duas sentenças em que os tribunais franceses terão reconhecido a existência de um incumprimento antes do vencimento das

⁷⁰⁶ Veja-se, neste sentido, C. JAMIN quando afirma que «[c]ette mise en demeure est expressément exclue par la jurisprudence (...) lorsque le débiteur prend l'initiative de déclarer au créancier qu'il refuse d'exécuter» («Les conditions...cit.», p. 461). Veja-se ainda as decisões da *Cour de Cassation*, da *chambre commerciale*, de 16 de Fevereiro de 1967; e da *3ème chambre civile*, de 3 de Abril de 1973, ambas disponíveis em <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

⁷⁰⁷ Sentença integral disponível em www.legifrance.gouv.fr.

obrigações principais do contrato: uma sentença da *Cour de cassation*, de 23 de Abril de 1856, em que o devedor, interrogado pelo credor se pretendia cumprir, se mantém em silêncio, e uma sentença do tribunal de comércio do Havre, de 28 de Novembro de 1934, em que o devedor declara que não irá cumprir. Em ambas as decisões, reconduziu o tribunal a situação à figura do incumprimento contratual, reconhecendo assim ao credor o direito a resolver o contrato⁷⁰⁸.

4. A reforma do Direito dos Contratos

Contrariando aquela que tinha vindo a ser a tendência da maioria da doutrina e da jurisprudência até à data, o projecto do Ministério da Justiça de revisão do Direito dos Contratos apresentado em 2008 previa no respectivo artigo 169 a resolução antecipada do contrato: «[u]ne partie peut, selon les modalités prévues à l'article précédent, résoudre un contrat, dès avant l'échéance, lorsqu'il est manifeste que l'autre partie ne pourra pas exécuter son obligation essentielle». Tratava-se de uma integração no Direito francês da figura da resolução com base em incumprimento antecipado, muito ténue, já que, se atentarmos na letra do referido artigo, nos apercebemos de que o exercício deste direito de resolução é admitido apenas em caso de *impossibilidade de cumprimento*, não o sendo, designadamente, em caso de recusa de cumprimento.

Apesar de esta proposta consubstanciar uma assimilação tímida da regra da *anticipatory breach*, não sobreviveu às críticas de que foi objecto, não constando já do texto do projecto apresentado pelo Ministério da Justiça em Maio de 2009⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ *La Résolution...cit.*, p. 229 e s.

⁷⁰⁹ Note-se que a proposta de introdução de um direito de resolução antecipada não constava do *Projet Catala*.

§2. A RELEVÂNCIA ACTUAL DA RECUSA DE CUMPRIMENTO ANTES DO VENCIMENTO NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

A primeira constatação, quando nos propomos estudar a relevância jurídica da declaração antecipada de não cumprimento na ordem jurídica nacional, é a de um vazio legal sobre a matéria⁷¹⁰.

Não obstante a inexistência de qualquer disposição que expressa e directamente, à semelhança do que sucede na secção 2-610 do *Uniform Commercial Code*, no artigo 72.º da Convenção de Viena ou no §323 do BGB, discipline esta matéria, a verdade é que, hoje, a esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência reconhece relevância jurídica à declaração séria e definitiva⁷¹¹ de não cumprimento emitida *antes* do vencimento, variando todavia quanto ao grau, efeitos e fundamentos.

A ausência de uma norma expressa no Código Civil que regule o incumprimento antes do vencimento não é, com efeito, determinante da irrelevância jurídica da figura.

§2.1. ESTADO DA ARTE

1. Vencimento antecipado A constituição automática do devedor em mora

VAZ SERRA propôs, nos trabalhos preparatórios do CC, um tratamento legislativo da recusa de cumprimento, idêntico ao que encontramos no artigo 1219.º do Código Civil italiano. A declaração de não cumprimento, quando

⁷¹⁰ A *recusa do cumprimento* a que se refere a epígrafe do artigo 808.º do CC é emitida *depois* do vencimento da obrigação e depois ainda da interpelação admonitória do devedor para o cumprimento.

⁷¹¹ À semelhança do que sucede em *common law*, também no Direito nacional existe uma unanimidade quanto aos requisitos de seriedade e definitividade que esta declaração deve preencher. Veja-se, por todos, SILVA, João Calvão da, *Sinal...cit.*, p. 148 e 150. Criticando a exigência de tais requisitos, veja-se ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «Recusa de...», *cit.*, p. 313. Na doutrina italiana, veja-se MURARO, G., «L'inadempimento...cit., p. 290, e na doutrina alemã, FRIEDRICH, K., «Der Vertragsbruch... cit., p. 488 e ss. e os artigos §281, §286 e §323 do BGB.

realizada por escrito, teria como efeito a constituição automática do devedor em mora, dispensando-se assim a interpelação⁷¹². Não esclarece todavia se a produção de tais efeitos é independente da obrigação em causa se encontrar ou não vencida⁷¹³. Posteriormente, já na vigência do actual CC, GALVÃO TELLES, inspirando-se também no mencionado artigo 1219.º, defendia que a declaração categórica e definitiva de não cumprimento substitui a interpelação do devedor para efeitos de constituição em mora⁷¹⁴. Também este Autor não refere de forma explícita se a declaração constitui o devedor em mora ainda que a obrigação não se encontre vencida, muito embora o efeito que lhe é atribuído pressuponha que esta é a hipótese que tinha em mente.

ALMEIDA COSTA segue esta mesma orientação, acrescentando às hipóteses de vencimento independente de interpelação do n.º 2 do artigo 805.º do CC esta declaração, estabelecendo uma correspondência entre aquela e a *anticipatory breach* do direito anglo-americano⁷¹⁵. A propósito do proposto alargamento do âmbito da previsão do n.º 2 do artigo 805.º do CC, refira-se apenas a oposição de PESSOA JORGE assente em razões de política legislativa de um lado, e, de outro, na insustentabilidade daquela orientação face à letra do mencionado artigo⁷¹⁶.

Também MENEZES CORDEIRO associa a declaração de não cumprimento a um vencimento antecipado da prestação, constituindo o devedor automaticamente em mora⁷¹⁷. Caso a obrigação se encontre já vencida, a declaração dispensará a interpelação admonitória do artigo 808.º, n.º 1 do CC,

⁷¹² SERRA, Adriano Vaz, «Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 47, Julho, 1955, p. 5 a 97 e «Mora do Devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 48, 1955, p. 60 e ss.

⁷¹³ BRANDÃO PROENÇA entende que o Autor propugna a mesma solução para os casos em que a obrigação ainda não se encontre vencida («A hipótese...*cit.*», p. 362).

⁷¹⁴ TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, reimp. da 7.ª ed. de 1997, Coimbra Editora, 2010, p. 258.

⁷¹⁵ COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito...cit.*, p. 1049 e ss.

⁷¹⁶ *Lições de Direito das Obrigações*, I, AAFDL, 1967, p. 296 e s.

⁷¹⁷ Ainda, no mesmo sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito...cit.*, vol. II, p. 242.

ficando o devedor numa situação de incumprimento definitivo⁷¹⁸. Muito embora as soluções adoptadas para a recusa de cumprimento sejam as constantes dos §281 (2), §286 (2) e §323 (2) do BGB, na sequência da *Schuldrechtsmodernisierung*, o Autor recusa a equiparação da declaração de não cumprimento ao incumprimento do contrato – constante do §323 (4), excluindo-a assim do âmbito da problemática da violação positiva do contrato, com base no argumento de que aquela declaração consubstancia, meramente, uma renúncia ao benefício do prazo⁷¹⁹. Esta argumentação, salvo o devido respeito, não convence. Com efeito, a renúncia ao benefício do prazo pressupõe a manifestação na declaração de não cumprimento de uma vontade do devedor nesse sentido, vontade essa que, a final, se traduziria numa intenção de cumprir imediatamente. Ora, a recusa de cumprimento é o reflexo de uma vontade do devedor precisamente nos antípodas daquela⁷²⁰.

A perda do benefício do prazo, a constituição do devedor em mora na sequência da declaração antecipada de não cumprimento, não se confundem todavia com o incumprimento. Trata-se, de facto, de uma tímida assimilação da regra da *anticipatory breach*, uma concessão fraca de relevância à declaração antecipada de não cumprimento. De facto, como se sabe, a mera constituição do devedor em mora, não faculta ao credor a possibilidade de accionar os instrumentos previstos na lei para o incumprimento, designadamente a resolução do contrato. Permite-lhe apenas exigir o cumprimento; caso o devedor não venha a cumprir, aí sim, poderá exercer, designadamente, os direitos previstos no n.º 2 do artigo 801.º do CC. Se o devedor quiser cumprir,

⁷¹⁸ O Autor refere ainda a hipótese da obrigação sem prazo, afirmando que, neste caso, a declaração gera o vencimento antecipado da obrigação se o credor actuar, no momento em que ele o fizer. Parece assim que, para este Autor, não é a declaração que gera o vencimento, mas sim o credor, nos termos do artigo 777.º, n.º 1 do CC («A declaração de não-cumprimento da obrigação», *O Direito*, ano 138, I, 2006, p. 37). Veja-se ainda, quanto à posição do Autor, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 144 3 ss., em especial a página 154.

⁷¹⁹ CORDEIRO, António Menezes, «Violação...cit.», p. 143 e nota de rodapé n.º 39.

⁷²⁰ Veja-se, neste sentido, ROMANO, «Valore...cit.», p. 615.

antes do vencimento da obrigação ou mediante interpelação para o efeito do credor, poderá sempre fazê-lo.

2. O reconhecimento da faculdade de o credor exercer as faculdades reservadas para o incumprimento

2.1. *Venire contra factum proprium*

Embora recusando a recondução da declaração de não cumprimento emitida antes do vencimento à figura do incumprimento antecipado, FERREIRA DE ALMEIDA entende que, no Direito português, aquela «(...) constitui uma ameaça de não cumprir e confere a possibilidade de desconsideração do vencimento, enquanto limite temporal para o exercício dos direitos do credor»⁷²¹.

Rejeitando a concepção de um dever de protecção da confiança autónomo da obrigação de cumprimento de um lado, e, de outro, a recondução da recusa a uma forma de incumprimento da obrigação sobre que versa – trata-se apenas de uma *ameaça* de incumprimento, FERREIRA DE ALMEIDA entende a recusa de cumprimento como um mero elemento perturbador da confiança do credor no cumprimento. Neste quadro, defende que a resposta adequada da ordem jurídica é permitir que o credor seja imediatamente compensado pelo incumprimento previsto, como se este tivesse ocorrido⁷²².

O fundamento dogmático desta faculdade de *desconsideração do prazo* repousa, para o Autor, na proibição de *venire contra factum proprium*⁷²³, que obstará a que o devedor, posteriormente à emissão da declaração, exercesse o direito ao benefício do prazo ou mesmo cumprisse a obrigação em causa^{724/725}.

⁷²¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «Recusa de... *cit.*», p. 317. Seguindo a orientação de FERREIRA DE ALMEIDA, veja-se OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Estudos Sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, 2009, p. 73 e 74.

⁷²² «Recusa de... *cit.*», p. 317.

⁷²³ Para mais desenvolvimentos sobre esta tese, formulada inicialmente por RABEL, veja-se, *Das Rechts des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, de Gruyter, 1936, p. 385 e ss.

⁷²⁴ MARIA ÂNGELA BENTO SOARES e RUI MANUEL MOURA RAMOS parecem inclinar-se no mesmo sentido, quando afirmam que «[a] solução [da *anticipatory breach*], não cabendo embora na previsão de qualquer preceito legal, sempre se poderá justificar pela razão que, a nosso ver, está na base da norma

Note-se que esta proibição não é absoluta, valendo apenas para os casos em que a recusa do devedor tenha criado no credor «(...) *uma situação de confiança justificada e mobilizadora de acções concretas ou alteração de planos (investimento de confiança)*»⁷²⁶; só aí haverá abuso de direito na invocação do benefício do prazo. Donde, caso não haja qualquer alteração na vida patrimonial ou pessoal do credor, não poderá este antecipar o exercício das faculdades reservadas para o incumprimento.

O credor terá assim a faculdade de, perante a declaração de não cumprimento, optar entre aguardar até ao vencimento da obrigação ou exercer de imediato os instrumentos colocados à sua disposição em caso de incumprimento⁷²⁷.

Vejam os com maior atenção alguns pontos da solução proposta pelo Autor, começando pelo entendimento avançado quanto à possibilidade de a execução específica da obrigação ser ordenada para um momento anterior ao respectivo vencimento. FERREIRA DE ALMEIDA defende que, muito embora o credor possa na sequência da recusa requerer aquela medida imediatamente, a

convencional correspondente [artigo 72.º da Convenção de Viena]: *a não admissibilidade de venire contra factum proprium*» (*Contratos Internacionais – Compra e Venda; Cláusulas Penais; Arbitragem*, Almedina, 1995, p. 195 e s.). Veja-se, quanto ao artigo 72 da Convenção, BRIDGE, Michael G., «Issues arising under articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *Journal of Law and Commerce*, vol. 25, n.º 1, Outono de 2005, p. 413 e ss.

⁷²⁵ Note-se que o abuso de direito, ao contrário do que defende MENEZES CORDEIRO, não advém, para FERREIRA DE ALMEIDA, da recusa de cumprimento consubstanciar uma renúncia ao benefício do prazo. O abuso de direito reside no facto de «(...) *como só pode beneficiar de um prazo para o cumprimento quem efectivamente cumpra, a invocação desse direito é contraditória com a ameaça de não cumprir*» («Recusa de...*cit.*, p. 312). Para FERREIRA DE ALMEIDA, apenas se coincidir temporalmente com a declaração de não cumprimento alguma das circunstâncias previstas no artigo 780.º do CC é que haverá perda do benefício do prazo; tratar-se-á então de uma mera coincidência temporal (*ibid*, p. 316).

⁷²⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «Recusa de...*cit.*, p. 311. Veja-se quanto aos pressupostos do desencadear dos efeitos jurídicos da proibição de *venire contra factum proprium*, MACHADO, João Baptista, «Tutela da Confiança e “*venire contra factum proprium*”», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 416 e ss.

⁷²⁷ Interessante é a questão dos limites – designadamente de natureza temporal – ao exercício desta faculdade. BRANDÃO PROENÇA, por exemplo, refere que a eleição do instrumento deve ser realizada (...) «*dentro de um prazo razoável, mas tendencialmente curto*» («A hipótese...*cit.*, p. 390).

ordem judicial não poderá, em geral⁷²⁸, antecipar o prazo devido para o cumprimento, à semelhança do que sucede nos Direitos inglês e norte-americano. E isto porque «(...) *se o credor pede a execução específica é porque a ameaça de incumprimento não veio alterar a sua atitude. Pretende obter, ainda que pela execução judicial, um efeito igual ao que resultaria do cumprimento voluntário*». Muito embora a posição adoptada pelo Autor seja coerente com o enquadramento teórico traçado para a figura, a verdade é que não permitir a execução específica antes do vencimento equivalerá, frequentemente, a impedir a prevenção de danos decorrentes de um incumprimento futuro, solução que nos parece pouco eficiente e, nessa medida, questionável.

Especial atenção merece igualmente a questão da determinação do *quantum* indemnizatório quando o credor tenha optado por aguardar o vencimento da obrigação. Afirma o Autor que, não sendo a figura da *mitigation of damages* reconhecida no Direito português, não pode a ausência de acção do credor ser qualificada como *culpa do lesado* nos termos e para os efeitos do artigo 570.º do CC. Parece-nos que esta afirmação peca, porventura, por demasiado geral, na medida em que apenas a análise das circunstâncias que compõem o caso concreto permitirá aferir da (in)existência de culpa do credor. Assim, o comportamento do credor que, certo do não cumprimento do contrato e tendo a oportunidade de celebrar novo contrato em condições idênticas ou mais favoráveis, não o faz, poderá ser subsumível à previsão do artigo 570.º. Já não o será sempre que a minimização dos danos decorrentes do incumprimento seja demasiado onerosa.

Ainda, não reconhecendo na recusa de cumprimento a violação de um *dever acessório de salvaguardar a confiança no cumprimento* e recusando assim a respectiva recondução à figura da violação positiva do contrato, FERREIRA DE ALMEIDA afirma que a declaração de não cumprimento não só não é contrária à

⁷²⁸ O Autor não nos esclarece todavia quanto aos casos em que a ordem de execução poderá *antecipar* o vencimento da obrigação.

boa fé, como seria mesmo conforme a esta, na medida em que permitiria ao credor precaver-se contra o futuro incumprimento⁷²⁹. Muito embora haja casos em que a declaração de não cumprimento corresponderá, de facto, a um cumprimento do dever de actuar de boa fé na execução do contrato, trata-se de uma tese à qual temos dificuldade em aderir, na medida em que nos parece que, em regra, a adopção de um comportamento que colida com a execução regular do contrato e a satisfação do interesse do credor será contrária ao princípio geral da boa fé⁷³⁰.

Por outro lado, como chama a atenção BRANDÃO PROENÇA, a proposta de FERREIRA DE ALMEIDA – proibição de *venire contra factum proprium* – parece oferecer um enquadramento teórico apenas para o (eventual) arrependimento do devedor que proferiu a recusa antecipada de cumprimento, mas já não para a declaração de não cumprimento na sua globalidade⁷³¹.

Finalmente, refira-se CARNEIRO DA FRADA que, muito embora concedendo o *venire* como justificação para a preclusão pelo devedor do direito à invocação do benefício do prazo, na medida em que se frustraria a convicção (*in casu*, a desconfiança, igualmente merecedora de tutela, na medida em que configura, como a confiança, uma *atitude de convicção*) do credor no não cumprimento do contrato, entende que nunca poderá justificar o surgimento na esfera do credor dos meios de reacção reservados para o incumprimento⁷³².

2.2. Equiparação da recusa ao incumprimento

A assimilação mais pura da tese da *anticipatory breach* na doutrina portuguesa parece encontrar-se em Autores como BAPTISTA MACHADO⁷³³, SÓFIA

⁷²⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «Recusa de...*cit.*», p. 309 e s.

⁷³⁰ Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Sinal...cit.*, p. 149.

⁷³¹ PROENÇA, José Carlos Brandão, «A hipótese...*cit.*», p. 381.

⁷³² FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 407 e ss., em especial, a nota de rodapé n.º 417.

⁷³³ MACHADO, João Baptista, anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, nota de rodapé n.º 2, p. 275 e «Parecer sobre a Denúncia e Direito de

PAIS e RAÚL GUICHARD⁷³⁴, PINTO MONTEIRO⁷³⁵, CALVÃO DA SILVA e BRANDÃO PROENÇA.

CALVÃO DA SILVA configura a declaração de não cumprimento antes do vencimento como *incumprimento antes do termo*⁷³⁶, conferindo ao credor a faculdade de exercer quaisquer dos mecanismos previstos para o incumprimento contratual. Na fundamentação desta qualificação, CALVÃO DA SILVA recorre de um lado a um princípio de justiça, por força do qual, mediante uma tal declaração, «(...) *não se justifica que o credor tenha de aguardar a data do vencimento para poder lançar mão dos meios jurídicos que lhe permitam desvincular-se do contrato (...)*»⁷³⁷. De outro, refere a ineficiência económica a que a não equiparação da recusa de cumprimento ao incumprimento conduziria, na medida em que propiciaria um agravamento dos danos resultantes do incumprimento. Finalmente, a recusa traduzir-se-ia numa situação de incumprimento do dever de conduta que obriga o devedor a manter a confiança do credor na satisfação dos interesses contratados e a não afectar (negativamente) o valor do crédito⁷³⁸. A violação deste dever destruiria a confiança do credor no cumprimento e, bem assim, a força originária da relação jurídica que unia as partes, justificando desta forma o imediato accionamento pelo credor das faculdades reservadas para o incumprimento.

Muito embora CALVÃO DA SILVA se refira sempre a uma *equivalência* da recusa ao incumprimento e assente esta equiparação também na perda de força do vínculo contratual, parece-nos que ao recorrer à violação de um dever acessório de conduta como fundamento daquela, porventura seria mais exacto

Resolução do Contrato de Locação de Estabelecimento Comercial», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 661 e s.

⁷³⁴ GUICHARD, Raúl, e, PAIS, Sofia «Contrato-Promessa...*cit.*», p. 317.

⁷³⁵ *Direito...cit.*, p. 150, nota de rodapé n.º 282.

⁷³⁶ *Sinal...cit.*, p. 150.

⁷³⁷ *Sinal...cit.*, p. 149 e ainda «A Declaração...*cit.*», p. 137.

⁷³⁸ *Sinal...cit.*, p. 149 e s.

referir-se à recusa antes do termo como um caso de *actual breach* e não *incumprimento antes do termo*.

Enquanto CALVÃO DA SILVA se aproxima de uma fundamentação da regra da *anticipatory breach* assente na violação de um dever acessório de conduta, BRANDÃO PROENÇA reconduz a relevância jurídica da recusa de cumprimento à violação do *dever principal de prestar*⁷³⁹. É a repercussão da recusa no dever de prestar, fragilizando-o, que justifica a disponibilização pelo sistema jurídico ao credor dos meios de reacção reservados para o incumprimento. Para BRANDÃO PROENÇA, a recusa de cumprimento consubstancia assim uma *conduta violadora específica*⁷⁴⁰, sujeita, de um lado, a um regime jurídico próprio, designadamente no que concerne ao direito de revogação da declaração de não cumprimento e à possibilidade de recurso à execução específica, e, de outro, ao regime jurídico do incumprimento. No que concerne aos remédios disponíveis, refira-se apenas o reconhecimento pelo Autor da possibilidade do *quantum* indemnizatório vir a ser reduzido por força da inércia do credor, sempre que esta preencha a previsão do artigo 570º do CC⁷⁴¹.

§2.2. A JURISPRUDÊNCIA

No que à jurisprudência nacional concerne, a regra parece ser a atribuição à recusa de cumprimento do efeito de constituir o devedor em mora e, nos casos em que este já se encontre em mora, do efeito de dispensar a interpelação admonitória para o cumprimento do artigo 808.º, n.º 1 do CC. O acórdão do STJ de 7 de Janeiro de 1993 é claro quando afirma que «[h]avendo recusa, inequívoca e categórica, em cumprir (...) a mora converte-se em incumprimento definitivo. (...)

⁷³⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão, «A hipótese...cit.», p. 389. Recorde-se apenas que muito embora o Autor reconduza a declaração de não cumprimento antecipada ao incumprimento, não aceita a qualificação da resolução infundada como recusa de cumprimento (*A Resolução do Contrato...cit.*, p. 152 e 153).

⁷⁴⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão, «A hipótese...cit.», p. 389.

⁷⁴¹ PROENÇA, José Carlos Brandão, «A hipótese...cit.», p. 393 e 394.

*Assiste, então, ao promitente comprador o direito de resolver o contrato-promessa e de ser indemnizado»*⁷⁴². Também o acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2010 afirma a desnecessidade de o credor interpelar o devedor para o cumprimento quando este tenha categoricamente recusado cumprir, numa situação em que a obrigação já se encontrava vencida⁷⁴³.

Afirmámos *parecer* ser esta a orientação da jurisprudência do STJ, por infelizmente, em regra, as decisões analisadas não primarem pela clareza e coerência.

De facto, numa primeira leitura de algumas decisões do STJ, somos tentados a concluir que a norma é a recondução da recusa de cumprimento ao incumprimento, já que o STJ afirma, recorrentemente, que «[a] obrigação só se considera definitivamente não cumprida ocorrendo uma das três situações: se o devedor fizer uma declaração, clara, inequívoca e peremptória que não cumprirá o contrato; se, e existindo mora, o devedor não cumprir no prazo, razoável, que o credor, mediante interpelação, lhe fixar; se, em consequência da mora, o credor perder o interesse na prestação»⁷⁴⁴. Todavia, atentando com mais cuidado no texto, reparamos que, nas mesmas decisões, o STJ se mostra alinhado com a posição de Autores como ALMEIDA COSTA e GALVÃO TELLES, que, como tivemos oportunidade de referir acima, reconduzem a recusa de cumprimento antecipada à mora, recusando a sua equiparação ao incumprimento definitivo⁷⁴⁵. Resulta assim pouco claro quais os efeitos que o tribunal associa à recusa de cumprimento, se apenas a mora, se o incumprimento definitivo, sem mais, ou se admite a equiparação ao

⁷⁴² Processo n.º 082624, texto integral disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁴³ Processo n.º 372/04.8TB AVR.C2.S1, texto integral disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁴⁴ Acórdão de 08.05.2007, processo n.º 07A932, texto integral disponível em www.dgsi.pt. Veja-se, no mesmo sentido, também a propósito da recusa de cumprimento emitida no âmbito de um contrato promessa de compra e venda, o acórdão do STJ de 05.12.2006, cujo texto integral se encontra disponível em www.dgsi.pt, processo n.º 06A3914.

⁷⁴⁵ Veja-se a título de exemplo o acórdão do STJ de 06.02.2007, em que o tribunal afirma, de um lado, que a recusa de cumprimento é reconduzível ao incumprimento e, de outro, que adere à orientação perfilhada nesta matéria por ALMEIDA COSTA e GALVÃO TELLES (processo n.º 06A4749, texto integral disponível em www.dgsi.pt).

incumprimento definitivo apenas nos casos em que o devedor já se encontre em mora.

Sem prejuízo do que acima se afirmou, importa referir algumas decisões, em que o raciocínio do tribunal é transparente e em que o STJ reconhece, de forma inequívoca, na recusa de cumprimento uma situação de incumprimento definitivo. Tal sucede, entre outros, num acórdão de 19 de Setembro de 2006, em que o STJ perfilha a orientação de BRANDÃO PROENÇA, bem como num acórdão de 27 de Janeiro de 2005, em que segue o entendimento de CALVÃO DA SILVA⁷⁴⁶. Veja-se, por último, o acórdão do STJ de 09.12.2010, em que o tribunal afirma que *«a recusa (ou declaração) séria, certa, segura e antecipada de não cumprir (ou o comportamento inequívoco demonstrativo da vontade de não cumprir ou da impossibilidade antes do tempo de cumprir) equivale ao incumprimento (antes do termo), dispensando a interpelação admonitória»*⁷⁴⁷.

No que se refere a outros comportamentos do devedor susceptíveis de desencadear uma situação de incumprimento antes do vencimento, o acórdão de 3 de Março de 2005 do STJ esclarece, quanto às condutas reconduzíveis ao conceito de recusa de cumprimento, que estas não se restringem *«(...) à declaração expressa de não querer cumprir, antes se compreendendo, em geral, nesse conceito todo e qualquer comportamento que indique de maneira certa e unívoca que o devedor não pode, ou não quer, cumprir, devendo quando tal se constate, ser, sem mais, considerado inadimplente de forma definitiva»*⁷⁴⁸. Também o acórdão do STJ de 13 de Dezembro de 2007 equipara o comportamento do devedor indiciador do incumprimento contratual futuro, a uma situação de incumprimento, ao reconhecer que *«[a] alienação a terceiros da coisa prometida vender revela, inequívoca*

⁷⁴⁶ Processos ns.º 06A2335 e 04B3387, respectivamente, textos integrais disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷⁴⁷ Processo n.º 4913/05.5TBNG.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁴⁸ Processo n.º 05B002. Veja-se ainda, no mesmo sentido o acórdão do STJ de 27.01.2005, processo n.º 04B4387; o acórdão do STJ de 24.10.2006, processo n.º 06A3251, em que se afirma que *«[é] seguro ser, sem mais, de considerar que importa incumprimento definitivo todo o comportamento do devedor que inequivocamente revele que ele não quer (ou não pode) cumprir»* (todos disponíveis em www.dgsi.pt).

e manifestamente, o propósito de incumprir o contrato promessa, equivalendo, portanto, a um incumprimento definitivo»⁷⁴⁹.

Em conclusão e à luz da análise realizada de alguma da jurisprudência que nos últimos 20 anos foi emitida a propósito da recusa de cumprimento, parece-nos ainda cedo para afirmar a existência de uma orientação sólida e vincada da jurisprudência nacional quanto a esta matéria. E isto por diferentes razões. De um lado por o problema do incumprimento antecipado ser, na grande maioria dos casos, tratado apenas num contexto específico, o do contrato promessa de compra e venda de imóveis⁷⁵⁰ e em casos em que o devedor se encontra já em mora e, em que, por isso, a recusa não é antecipada. De outro lado, por a fundamentação teórica apresentada ser escassa e por – não raras – vezes pecar por falta de coerência.

§2.3. CONCLUSÕES

POSIÇÃO ADOPTADA, EM ESPECIAL QUANTO À ADMISSIBILIDADE DA FIGURA DA ANTICIPATORY BREACH

A maioria da doutrina e jurisprudência nacionais, reconhecendo que a recusa antecipada de cumprimento afecta o regular funcionamento do contrato, é sensível à necessidade de facultar ao credor instrumentos para reagir a esta perturbação antes mesmo do vencimento da obrigação em causa, permitindo-lhe reajustar os planos inicialmente concebidos. Divide-se todavia no que concerne ao fundamento para a atribuição de tais faculdades, bem como à respectiva natureza. Assim, a protecção será conferida, para uns, com base na violação de um dever de conduta decorrente do princípio da boa fé na execução

⁷⁴⁹ Processo n.º 07A2378, texto integral disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁵⁰ Veja-se quanto à recusa de cumprimento no universo específico dos contratos promessa, OLIVEIRA, Nuno Pinto, «"Com mais irreflexão que culpa?" O debate sobre o regime da recusa de cumprimento do contrato-promessa», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36, Outubro/Dezembro de 2011, p. 3 a 21.

dos contratos, para outros na proibição de *venire contra factum proprium*, para outros ainda numa ideia de renúncia ao benefício do prazo, ou, finalmente, segundo uma visão mais pragmática, numa maior eficiência económica resultante do accionamento dos mecanismos do incumprimento antes do vencimento da obrigação.

O resultado é todavia tímido, já que a maioria da doutrina tende a limitar os instrumentos de reacção do credor aos previstos em caso de mora do devedor, obrigando-o assim a aguardar e tomar diligências – cuja utilidade é, no mínimo, discutível – para converter o incumprimento temporário em definitivo. Por outro lado, a tutela do direito de crédito aqui proposta opera apenas *a posteriori*, isto é, depois de consumada a violação do crédito que surge, neste quadro, como inevitável.

Ora, antecipando o instituto da *anticipatory breach* aquela protecção para um momento prévio, em que o incumprimento ainda não se deu, não oferecerá então porventura uma tutela mais adequada e eficiente dos interesses do credor?

Tendemos a responder positivamente. O accionar imediato pelo credor dos instrumentos reservados para o incumprimento, perante a recusa de cumprimento, surge-nos, com efeito, neste quadro, como a solução mais adequada. E isto seja à luz de um princípio de justiça que, em razão da gravidade da declaração, parece impor o reconhecimento de uma faculdade do credor se libertar imediatamente do vínculo contratual que deixou de existir nos termos em que foi constituído, em resultado, designadamente, do dano provocado na *relação de confiança*, seja de um ponto de vista de eficiência económica, na medida em que a desvinculação imediata do contrato favorece (tendencialmente) a maximização dos recursos existentes de ambas as partes e a minimização dos danos resultantes do incumprimento.

§3. A RESOLUÇÃO INFUNDADA EQUIPARADA AO INCUMPRIMENTO

Vimos acima em que medida é que a declaração de resolução infundada é equiparável à recusa antecipada de cumprimento: ao declarar que resolve o contrato, o declaratório está, no fundo, a manifestar uma perda de interesse no mesmo e, bem assim, a intenção de não o vir a cumprir⁷⁵¹. Na secção §2.2 do capítulo I e no capítulo II, *supra*, tivemos oportunidade de rever o estado da arte nacional e de algumas ordens jurídicas, especificamente, sobre a resolução infundada. Esta análise, permitiu-nos constatar que não existe unanimidade quanto aos efeitos atribuídos àquela declaração, muito embora uma corrente significativa tenda a enquadrá-la na figura do incumprimento contratual⁷⁵².

A equiparação (ou a recondução) da recusa de cumprimento, em geral, e da declaração de resolução infundada, em particular, ao incumprimento justifica-se, desde logo pelo facto de tais comportamentos consubstanciarem uma verdadeira ruptura com a declaração de vinculação emitida aquando da celebração do contrato. De facto, e no que diz respeito especificamente à resolução infundada, embora esta não tenha a força necessária para modificar a substância jurídica da relação visada, nem tão pouco a respectiva força vinculativa, a verdade é que perturba de forma significativa a ligação obrigacional criada entre as duas partes, à semelhança do que sucede em caso de incumprimento.

Entendemos por isso que a declaração de resolução infundada, quando manifeste uma vontade séria e definitiva do devedor de não cumprir o contrato, de se desvincular deste – e não nos casos em que, por exemplo, tenha por base um erro, designadamente quanto à existência de fundamento para a cessação

⁷⁵¹ Veja-se neste sentido, por todos, MONTEIRO, António Pinto, *Direito...cit.*, nota de rodapé n.º 282.

⁷⁵² Veja-se, por todos, no sentido da recondução da resolução infundada ao incumprimento definitivo e à recusa de cumprimento antes do vencimento, VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...cit.*, p. 773.

do contrato, reveste-se de uma gravidade tal, na medida em que atinge o âmago da relação obrigacional, que torna imperativo colocar à disposição do credor os instrumentos de reacção mais vigorosos de que o sistema dispõe: as faculdades concebidas para fazer face a uma situação de incumprimento.

Ora, se a necessidade de protecção do credor por meio da disponibilização dos instrumentos reservados para o incumprimento nos surge como evidente, já a identificação, *in casu*, de uma efectiva situação de incumprimento, a respectiva natureza e objecto são menos claros.

Trata-se, de facto, de uma questão complexa, como tivemos oportunidade de verificar a propósito do estudo da regra da *anticipatory breach* nos Direitos de *common law*⁷⁵³. Com efeito, não raras vezes, é pouco claro se a situação reconduzida à figura da *anticipatory breach* consubstancia um incumprimento antecipado ou se, na realidade, se trata de uma *actual breach*, pese embora a designação que lhe é atribuída. É, com efeito frequente, a factualidade reconduzida à *anticipatory breach* consubstanciar, na realidade, uma *actual breach* de um dever legal imposto às partes^{754/755}, contraponto do direito ao cumprimento do contrato. Por esta razão aliás, alguns Autores propõem «(...) *regard an “anticipatory breach” as involving a present breach of an implied term that the party in breach will keep the contract open for performance or, perhaps, will do nothing to undermine the confidence of the other party that the contract will be performed*»⁷⁵⁶.

Cabe-nos agora tomar posição sobre esta matéria, no quadro do Direito nacional. Esta secção será assim dedicada ao esclarecimento do(s) fundamento(s) da equiparação da resolução infundada ao incumprimento

⁷⁵³ Ver *supra*, capítulo II, §1.

⁷⁵⁴ Ver *supra*, capítulo II, §1.4, 5.1.

⁷⁵⁵ Parece ser esta a posição de CORBIN que explica este dever como parte de um conjunto mais amplo de deveres impostos às partes por razões de ordem social, sendo o respectivo cumprimento de execução *imediata*. Tais deveres têm como fonte já não a vontade das partes, prosseguindo antes preocupações de segurança e certeza jurídicas (*Corbin...cit.*, p. 940 e 956). No mesmo sentido, FARNSWORTH, E., *Farnsworth...cit.*, p. 529.

⁷⁵⁶ BRADGATE, Robert, BIRDS, John, e VILLIERS, Charlotte, *Termination...cit.*, p 21.

contratual. Começaremos, logicamente, por determinar se a declaração objecto do nosso estudo consubstancia uma forma de incumprimento (actual ou antecipado) do contrato.

§3.1. Nota prévia quanto à questão do vencimento

A resposta a esta questão depende do esclarecimento prévio de uma outra, que consiste em saber se o *vencimento* constitui um obstáculo à recondução da declaração de resolução infundada – quando emitida antes do vencimento do crédito – ao incumprimento.

Com efeito, como tivemos oportunidade de ver acima, a crítica mais frequente de que tem sido objecto a regra da *anticipatory breach* prende-se com uma alegada contrariedade intrínseca da mesma, na medida em que o incumprimento se encontraria inevitável, lógica e temporalmente, ligado ao momento do vencimento da obrigação. Veja-se, por exemplo, na doutrina italiana ROMANO, que caracteriza a regra como «(...) *fondalmente errone[a] per l'illogicità della proposizione tecnica che vi si vuol esprimere*»⁷⁵⁷ e na doutrina norte-americana, WILLISTON que, em crítica à regra da *anticipatory breach*, afirma que o incumprimento depende, logicamente, do vencimento da obrigação⁷⁵⁸.

Importa assim determinar se, sendo a declaração de resolução emitida *antes do vencimento*, é possível, à luz do sistema jurídico nacional, qualificá-la como incumprimento contratual.

1. Conceito

O *vencimento* é definido, tradicionalmente, como o momento em que o direito de crédito se torna exigível e em que a obrigação deve ser cumprida. O

⁷⁵⁷ «Valore...*cit.*, p. 608.

⁷⁵⁸ «Repudiation...*cit.*, n.º 6, p. 428 e ss.

devedor apenas se encontra obrigado a cumprir *após* o vencimento da obrigação. Desta premissa, logicamente se retiraria que apenas pode haver incumprimento *depois* do vencimento da obrigação.

Muito embora não encontremos na ordem jurídica nacional uma disposição semelhante às constantes dos artigos 1185.º e 1186.º do Código Civil francês⁷⁵⁹, doutrina e jurisprudência apontam pacífica e unanimemente o vencimento como um pressuposto do incumprimento. Assim, por exemplo, BRANDÃO PROENÇA, a propósito da recondução da recusa de cumprimento declarada antes do vencimento ao incumprimento, justifica a não aplicação directa do regime do incumprimento, mas apenas uma equiparação-ficção entre as duas figuras, em razão de, «(...) *em rigor, não pode[r] falar-se do incumprimento de obrigações ainda não vencidas*»⁷⁶⁰.

De facto, embora tal pressuposto não conste de forma expressa da lei, encontramos manifestações do mesmo, designadamente nos artigos 780.º e 805.º do CC, entre outros, bem como no artigo 802.º do CPC, nos termos do qual o processo de execução principia «(...) *pelas diligências, a requerer pelo exequente, destinadas a tornar a obrigação certa, exigível e líquida, se o não for em face do título executivo*».

Logicamente, dependendo o incumprimento do vencimento da obrigação, sempre se concluirá que, não se encontrando esta vencida, não há incumprimento e, conseqüentemente, não poderão as faculdades reservadas pela lei para aquela situação ser exercidas. Tal é o que resulta do já referido artigo 802.º do CPC, quanto ao direito do credor, cujo direito não foi satisfeito,

⁷⁵⁹ Dispõe o artigo 1185.º do código civil francês que «[l]e terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution» e o 1186.º que «[c]e qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété».

⁷⁶⁰ «A hipótese...cit., p. 386. Veja-se ainda neste sentido PESSOA JORGE quando, a propósito da definição de inexecução, afirma: «[h]averá inexecução da obrigação quando, chegado o vencimento, o devedor não realiza a prestação ou realiza-a mal» (Lições...cit., I, p. 465).

de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor nos termos declarados neste código e nas leis de processo (artigo 817.º CC).

Esta leitura do vencimento como obstáculo irreduzível à recondução da declaração de resolução infundada ao incumprimento resulta de um determinado entendimento do conceito de *incumprimento* e, a montante, de *cumprimento*. De facto, a questão do vencimento encontra-se em estreita ligação com a própria teoria da relação obrigacional⁷⁶¹ e com a teoria do cumprimento, sendo essencial, na análise da admissibilidade do incumprimento *antecipado*, uma curta visita a estes conceitos, de forma a apercebermo-nos com maior acuidade qual a função e os efeitos desta figura.

2. A suspensão da relação obrigacional antes do vencimento e os princípios de unidade e continuidade da relação obrigacional

De forma a determinar o que é o *incumprimento* importa, antes do mais, determinar quando é que há cumprimento, sendo, por sua vez, para tal indispensável determinar qual o «conteúdo da obrigação». Os efeitos do vencimento variarão em função da resposta a esta questão.

Em traços largos podem-se discernir duas grandes correntes. De um lado, encontramos uma doutrina segundo a qual a obrigação consiste no *resultado* da prestação a que o devedor se encontra obrigado, no «bem devido». A tónica é colocada no direito de crédito e no momento solutório. A actividade que o devedor possa desenvolver para atingir tal resultado é um instrumento, como qualquer outro, idóneo para realizar o conteúdo da obrigação. Nesta linha de raciocínio, MURARO define o vencimento como o «*momento in cui viene a vita il debito*»⁷⁶². Antes do vencimento parece não existir um verdadeiro direito de

⁷⁶¹ A propósito desta relação veja-se FRAGALI, M., «La dichiarazione...*cit.*», p. 249 e MURARO, Govani, «L'inadempimento...*cit.*», p. 141.

⁷⁶² MURARO, G., «L'inadempimento...*cit.*», p. 263. A mesma imagem surge em FRIEDRICH: «[o] vencimento constitui um ponto de viragem na vida da obrigação, na medida em que transforma o anterior

crédito, mas um direito de crédito *potencial*, imperfeito, que se realizará chegado o momento do respectivo vencimento. Antes do vencimento, na nomenclatura de PESSOA JORGE⁷⁶³, poder-se-á falar de *exigibilidade fraca* do crédito, por contraposição com a *exigibilidade forte*, posterior àquele⁷⁶⁴. O espaço de tempo que medeia entre a celebração do contrato e o vencimento da obrigação é, neste quadro, representado como «(...) *uno spazio vuoto, lungo il quale il debitore non è tenuto ad alcun comportamento particolare, non è obbligato in maniera attuale ed attiva*»⁷⁶⁵. O prazo inicial suspende o cumprimento⁷⁶⁶.

A esta perspectiva formal e estática, uma outra doutrina contrapõe uma abordagem *dinâmico-funcional* da relação obrigacional, em que a tónica é colocada na prestação enquanto *actividade* do devedor. Afasta-se assim a concepção da prestação como *acto* singular, isolado que extingue a obrigação. Neste quadro, a satisfação do crédito é aferida, já não pela observação do momento definido no tempo em que se extingue a obrigação – com a entrega da coisa ou o atingir de um resultado, mas através da avaliação da actuação do

direito a prestar do devedor, numa obrigação. Por outras palavras: o crédito antes do vencimento não é exigível e nesse período de tempo, conseqüentemente, aproxima-se de um estatuto jurídico de “crédito imperfeito”» (tradução livre da Autora). No original: «[d]ie Fälligkeit bildet eine Zäsur im “Leben” der Schuld, indem sie die bisherige Berechtigung des Schuldners zur Leistung umschlagen läßt in eine Verpflichtung. Anders ausgedrückt: Die Forderung vor der Fälligkeit ist nicht durchsetzbar und für diesen Zeitraum dadurch dem rechtlichen Status eine “unvollkommenen Forderung” angenähert» («Der Vertragsbruch...cit.», p. 489).

⁷⁶³ JORGE, Fernando Pessoa, *Lições...cit.*, p. 284 e s.

⁷⁶⁴ No mesmo sentido, afirma MENEZES CORDEIRO, em relação ao vencimento, que este, «(...) do ponto de vista do credor, determina quando pode exigir o cumprimento; do ponto de vista do Direito, esclarece a altura em que, quando seja caso, devam entrar em acção normas sancionatórias para obviar ao incumprimento» (*Direito das Obrigações*, II, reimp. da edição de 1980, AAFDL, 1988, p. 188 e 189). Também GALVÃO TELLES afirma que «[a] obrigação constitui-se e pode acontecer que durante intervalo mais ou menos longo o devedor não esteja constituído na necessidade efectiva de a cumprir. O devedor não realiza a prestação e contudo não entra em falta porque ainda não chegou o momento de a efectuar. (...) Com o vencimento a obrigação entra numa fase de especial energia, visto que tem de ser logo executada» (*Direito... cit.*, p. 250).

⁷⁶⁵ MURARO, G., «L'inadempimento...cit.», p. 270. O Autor refere, neste sentido ainda, BUTERA, *Il codice civile it. Comentato. Libro delle obbligazioni*, I, 1943, p. 55 e BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 1948, III, p. 832.

⁷⁶⁶ Assim, GALVÃO TELLES: «[e]m matéria de cumprimento da obrigação o aspecto que interessa é o do prazo inicial, que suspende esse cumprimento» (*Direito...cit.*, p. 242).

devedor todo ao longo da relação⁷⁶⁷. Só assim será possível determinar se o fim a que se destinava a obrigação foi atingido.

3. Posição adoptada

Se, por um lado, é verdade que o devedor apenas se encontra obrigado a cumprir após o vencimento da obrigação⁷⁶⁸, por outro é igualmente evidente que a relação obrigacional não pode ser entendida como *suspensa*, inexistente, até àquele momento.

A concepção da doutrina tradicional, ao reduzir a relação obrigacional a dois momentos – o nascimento e a extinção da obrigação, difere qualquer juízo sobre o comportamento do devedor, designadamente quando ocorra no espaço de tempo entre a assumpção da obrigação e o respectivo vencimento, para o momento em que a obrigação se vence. O juízo realiza-se assim já perante o facto – cumprimento ou incumprimento – consumado, tendo portanto como exclusiva finalidade a determinação da responsabilidade do devedor.

Esta construção da relação obrigacional conduz portanto a um modelo sancionatório do comportamento do devedor exclusivamente *repressivo*, sem qualquer componente *preventiva*. Ora, não parece ser este o paradigma acolhido pelo Código Civil.

De facto, se atentarmos aos diversos casos em que a lei reconhece ao credor a faculdade de exercer instrumentos associados à satisfação do seu direito de crédito antes mesmo do respectivo vencimento, concluímos que o legislador optou pela consagração de um modelo de *unidade* e *continuidade* da relação obrigacional. Veja-se assim, a título de exemplo, o direito do credor a subrogar-se nos direitos do devedor perante terceiros, antes do vencimento do

⁷⁶⁷ Partilhando esta orientação, PUTORTÌ, V., *Inadempimento e Risoluzione Anticipata del Contratto*, Giuffrè, 2008, p. 10 e ss.

⁷⁶⁸ Veja-se, por todos, TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito...cit.*, p. 246.

crédito, quando tal seja «essencial à satisfação ou garantia do direito do credor» (artigos 606.º e 607.º do CC). Também o regime da impugnação pauliana constante dos artigos 610.º e ss. aponta no mesmo sentido. Veja-se, em particular, o disposto no artigo 614.º, nos termos do qual se afirma de forma expressa que «[n]ão obsta ao exercício da impugnação o facto de o direito do credor não ser ainda exigível». Igualmente no arresto, o vencimento do crédito não constitui pressuposto do respectivo accionamento pelo credor que «tenha justo receio de perder a garantia patrimonial» do mesmo (artigo 619.º do CC)⁷⁶⁹. Também o artigo 762.º do CC, ao determinar que «[o] devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado», acrescentando que «[n]o cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé», parece aderir a uma perspectiva de continuidade da relação obrigacional. De outra forma, isto é, se apenas relevasse o resultado final da prestação do devedor para efeitos de cumprimento, não faria sentido a referência à boa fé no cumprimento da obrigação⁷⁷⁰. A obrigação determina um determinado comportamento do devedor dirigido à obtenção de um resultado específico que satisfaça o interesse do credor.

A verdade é que, antes mesmo do vencimento do crédito, o devedor se encontra obrigado a praticar um conjunto de actos instrumentais ou acessórios à satisfação do direito de crédito⁷⁷¹. MURARO entende que estes actos «(...) *constituiscono anch'essi contenuto ed esplicazione di quel dovere di comportamento nel quale si sostanzia il debito*», podendo a respectiva omissão constituir fundamento

⁷⁶⁹ Veja-se, neste sentido, a título de exemplo, o acórdão da Relação de Évora de 17.07.2008 (proc. n.º 1777/08, disponível em www.dgsi.pt). Veja-se ainda, por todos, na doutrina nacional, VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, II, p. 465 e LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I (artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª ed. (rev. e act.), Coimbra Editora, 1987, p. 636 e ss.; FERREIRA, Fernando Amâncio, *Curso...cit.*, p. 477; e NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17.ª ed. rev. e act., Ediforum, 2010, p. 656 e s. e *Código de Processo Civil Anotado*, 23.ª ed. act., Ediforum, 2011, p. 614 e ss.

⁷⁷⁰ No mesmo sentido, NICOLÒ, a propósito da disposição correspondente no Código Civil Italiano, o artigo 1176.º («Adempimento», *Enciclopedia del Diritto*, I, Giuffrè, 1958, p. 555).

⁷⁷¹ O conteúdo da relação obrigacional, enquanto realidade contínua, será objecto de análise *infra*, em §3.2., 1.

bastante ao exercício da excepção de não cumprimento ou dar origem à perda do benefício do prazo⁷⁷². No mesmo sentido, FRAGALI afirma que a obrigação não existe somente no momento em que o cumprimento é devido, mas desde o momento em que nasce⁷⁷³. Trata-se de uma concepção da relação obrigacional em termos unitários, de continuidade.

Este carácter da relação obrigacional é algo que assume especial relevância, naturalmente, no campo dos contratos de execução duradoura, dando origem a um conjunto de institutos que visam exactamente lidar com as diferentes vicissitudes que no curso destas – longas – relações possam surgir. Entre tais institutos, encontramos, designadamente, o instituto da suspensão do contrato no regime do contrato de trabalho, constante dos artigos 294.º e ss. CT. A suspensão permite ajustar a relação jurídica entre trabalhador e empregador perante um facto que impeça temporariamente, por exemplo, o trabalhador de exercer a sua função, por motivo de doença.

A relação obrigacional não pode ser encarada como algo de cristalizado, fixo e imutável, devendo antes ser vista como algo que se encontra em constante movimento e mutação, em função, designadamente das diferentes vicissitudes que a afectam. Donde, não nos parece a questão do vencimento ser um obstáculo intransponível à equiparação da resolução infundada ao incumprimento, ou, em termos mais gerais, à recepção da *anticipatory breach* na ordem jurídica nacional. Esta perspectiva dinâmica da relação obrigacional, uma perspectiva que abarca a relação como um todo contínuo, tendente a um fim, abre as portas à admissibilidade do exercício de instrumentos previstos na lei para o incumprimento contratual numa fase anterior ao vencimento do termo.

⁷⁷² MURARO, G., «L'inadempimento...cit.», p. 271.

⁷⁷³ FRAGALI, M., «La dichiarazione...cit.», p. 260.

§3.2. Um incumprimento contratual?

Afastada a questão do vencimento enquanto obstáculo ao exercício das faculdades reservadas pela lei para o incumprimento, importa em seguida averiguar se a resolução infundada consubstancia um incumprimento (actual ou antecipado) do contrato. Pelo que, a próxima secção será dedicada à identificação do objecto do incumprimento.

A natureza das questões que nos propomos abordar aconselha uma breve incursão sobre a figura da relação obrigacional, ainda que somente com o intuito de esclarecer e precisar a terminologia a que se recorre, já que se trata de matéria sujeita a significativas flutuações.

1. Notas prévias sobre a complexidade intra-obrigacional⁷⁷⁴

1.1. A obrigação enquanto estrutura complexa

A concepção da obrigação como realidade composta, embora recente, constitui hoje, entre a doutrina, matéria assente. O retrato da relação obrigacional como crédito e débito encontra-se ultrapassado^{775/776}. Para descrever a complexidade do vínculo, de um lado e, de outro, a respectiva unidade e *finalidade*, H. SIBER, um dos responsáveis pela promoção desta

⁷⁷⁴ A questão do conteúdo da relação obrigacional, sendo apenas instrumental ao nosso tema de um lado e, de outro, encontrando-se largamente tratada tanto na doutrina nacional como estrangeira, não será aqui desenvolvida. Para uma análise mais alargada desta matéria, veja-se, para além dos manuais de obrigações nacionais, as seguintes obras: MANUEL GOMES DA SILVA, *Conceito e estrutura da obrigação*, Tipografia Ramos de Ramos, Afonso & Moita, lda., 1943, p. 86 e ss.; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 335 e ss.; e CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 586 e ss.

⁷⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 587 e ss.

⁷⁷⁶ O artigo 397.º do CC, que define a obrigação como «o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação», designa apenas o binómio crédito-dever de prestar, isto é, a *relação obrigacional simples* e não a *relação obrigacional complexa*. Criticando a opção do legislador de incluir uma definição de obrigação no CC, CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, I, reimp. da edição de 1978/79, AAFDL, 1986, p. 9 e s.

concepção da relação obrigacional no início do século XX, recuperando uma imagem de SAVIGNY, descreve o vínculo obrigacional como *organismo*⁷⁷⁷: a obrigação abrangeria um conjunto de pretensões, presentes ou potenciais unificadas pela relação global⁷⁷⁸. O termo *organismo* remete, simultaneamente, para a ideia de mutabilidade e de finalidade da relação obrigacional. A obrigação não tem um conteúdo estático, mas mutável; durante a execução do contrato podem surgir novos *deveres*, imprevisíveis à data da respectiva celebração, que passam a integrar a relação obrigacional. Por outro lado, a relação deve sempre ser lida à luz da respectiva finalidade, só desta forma será plenamente compreensível⁷⁷⁹.

A relação obrigacional implica pois, tanto para devedor como credor, a constituição de situações jurídicas complexas, cujo cerne é formado pela prestação principal. A realização desta constitui, por sua vez, o fim determinante do vínculo obrigacional.

Podem acompanhar o dever de cumprimento da prestação principal outros deveres. A natureza da relação entre tais deveres, designadamente a existência de uma relação de funcionalidade ou de dependência, determinará a sua qualificação como deveres principais ou secundários. Os deveres secundários podem ter uma *prestação autónoma* da principal, sendo *sucedâneos* desta – assim a indemnização por incumprimento culposo do devedor – ou *coexistindo* com esta, sem a substituírem – caso da indemnização por mora. Para além dos deveres com prestação autónoma, existem ainda os deveres secundários *acessórios da prestação principal* que se caracterizam pela ausência de autonomia em relação àquela, visando a realização do interesse no

⁷⁷⁷ Ao termo *organismo* sucederam-se outros, como *relação-quadro* (HERHOLZ), *estrutura ou processo* (LARENZ e, no Direito português, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 348). Veja-se ainda, quanto à obrigação como organismo, WIEACKER, Franz, *História...cit.*, p. 597.

⁷⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 587 e 588.

⁷⁷⁹ Como salienta RIBEIRO DE FARIA, é essencial não perder de vista que «(...) a *relação obrigacional tem um sentido final e que ela só pode compreender-se quando se tiver sempre presente a sua ligação a um fim (die Bezogenheit auf ein Ziel) (...)*» (*Direito das Obrigações*, I, reimp. da edição de 1990, Almedina, 2003, p. 119 e 120).

cumprimento do dever principal (*Nebenleistungspflichten*). Estas prestações, que se encontram numa relação de acessoriedade com a prestação principal, são instrumentais à sua realização e, bem assim, à cabal satisfação do interesse do credor. De facto, é frequente o interesse do credor não ficar totalmente satisfeito só com a realização da prestação principal, dependendo do cumprimento de outros deveres. Tratar-se-á, por exemplo, do caso da obrigação de transporte da coisa objecto do contrato de compra e venda.

Para além destes deveres secundários de prestação, a doutrina distingue ainda, na relação obrigacional, outro tipo de deveres, variando a respectiva designação de autor para autor. Assim, LARENZ refere-se a «outros deveres de conduta» (*weitere Verhaltenspflichten*)⁷⁸⁰ e ESSER a «deveres laterais» (*Nebenpflichten*). Na doutrina nacional, ANTUNES VARELA fala de «deveres acessórios de conduta»⁷⁸¹, CARNEIRO DA FRADA de «deveres laterais» ou de «deveres de conduta»⁷⁸² e MENEZES CORDEIRO de «deveres acessórios»^{783/784}.

Sendo à violação destes deveres que a doutrina e a jurisprudência tende a reconduzir a declaração de resolução infundada, prosseguiremos para uma análise mais detalhada do respectivo regime⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 10

⁷⁸¹ VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, vol. I, p. 125. A mesma designação é adoptada por L. MENEZES LEITÃO (*Direito das Obrigações, vol. I – Introdução da Constituição das Obrigações*, 9ª ed., Almedina, 2010, p. 123 e ss.).

⁷⁸² FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato...cit.*, p. 40. A mesma designação já surgia em PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 348.

⁷⁸³ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 465. Para mais desenvolvimentos quanto às diferentes designações destes deveres, veja-se LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 10 e s.

⁷⁸⁴ Para além dos deveres principais de prestação, dos deveres secundários e dos deveres laterais, outros vínculos compõem ainda a relação obrigacional, designadamente os direitos potestativos – como o direito de resolução, as excepções, poderes ou faculdades, ónus e expectativas jurídicas.

⁷⁸⁵ Veja-se, nos Direitos de *common law*, o capítulo II, §1.4, 5.1., em especial, as teorias da promessa implícita de não repúdio (*Hochster v. de la Tour*) e do direito ao não repúdio (*Frost v. Knight*). Nos Direitos da família romano-germânica (capítulo IV, §1), veja-se para o Direito alemão, em especial a recondução à violação de um *dever de actuar no sentido do cumprimento do contrato*; no Direito italiano, a violação de um *dever de não contradizer a vontade de cumprir manifestada aquando da celebração do contrato*; e no Direito francês, um *dever de não perturbar a confiança do credor na satisfação do respectivo crédito*. No Direito nacional, CALVÃO DA SILVA reconduz a declaração à violação de um *dever de conduta que obriga o devedor a manter a confiança*

1.2. Em especial, os deveres acessórios

(a) Noção

É hoje pacificamente aceite que a celebração de um contrato convoca uma ordem normativa, independente da estipulada pelas partes, que as envolve, sujeitando-as a uma regra de conduta segundo a boa fé, da qual emergem diferentes deveres. Veja-se, por exemplo o caso de A que vai à oficina de B trocar os pneus do carro. As obrigações de B não se esgotam no montar dos pneus. Assim, se B, ao colocar os pneus, encontrar um defeito no eixo dianteiro do carro tem o dever de avisar A. Este dever consubstancia um dever acessório de conduta.

Estes deveres não se dirigem, directamente, ao cumprimento da prestação principal, nem são objecto de qualquer cumprimento autónomo. Interessam sim ao *regular desenvolvimento* da relação obrigacional, visando a realização do fim contratual em geral, a protecção da pessoa e do património da contraparte, contra quaisquer riscos que possam advir da celebração do contrato, bem como a protecção de terceiros que tenham um especial contacto com a obrigação em causa. Trata-se de deveres que não se encontram direccionados apenas para o cumprimento do dever de prestar, mas que visam a protecção de outros interesses que devem ser tidos em conta pelas partes na execução do contrato⁷⁸⁶.

No Direito alemão, estes deveres encontram uma base legal expressa no §241, n.º 2 do BGB, nos termos do qual cada uma das partes pode, em função do

do credor na prestação final, no cumprimento, actuação voluntária e não forçada e a não afectar negativamente o valor do crédito (*Sinal...cit.*, p. 149 e s.)

⁷⁸⁶ FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato...cit.*, p. 39.

conteúdo da relação obrigacional, encontrar-se obrigada a *ter em atenção* os direitos e interesses da contraparte^{787/788}.

Em termos gerais, pode dizer-se que estes deveres impõem um comportamento leal e honesto das partes na relação obrigacional, seja através de obrigações de cooperar, cuidar, conservar ou, entre outras, avisar. O seu conteúdo varia também em intensidade, podendo ser mais ou menos exigente consoante o caso, dependendo das circunstâncias concretas e, designadamente, do momento em causa na vida do contrato^{789/790}.

(b) Perspectiva histórica: o crescente condicionamento da liberdade contratual

O contrato, no quadro do liberalismo, representava uma ideia de autonomia privada – quase – absoluta, de auto-regulação livre de interesses pelas partes. À ordem jurídica era então reservado um papel tendencialmente passivo, em que a não ingerência no livre acordo dos sujeitos constituía a regra. A lei surgia então apenas, num primeiro tempo, como pano de fundo daquele acordo, assegurando os pressupostos do sistema – designadamente através da protecção da vontade livre e esclarecida das partes – e, posteriormente, como garante do acordo, sancionando a respectiva violação.

⁷⁸⁷ Dispõe o §241, n.º 2: «(2) *Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet*».

⁷⁸⁸ Assim, CONSTANTINESCO, L.-J., a propósito do contrato no Direito alemão, afirmava que este «(...) *n'est pas simplement l'expression de la volonté des parties. Il est l'expression juridique d'un "rapport de confiance" et devient un "organisme" doté, sous beaucoup de rapports de vie propre. Les obligations qui en dérivent peuvent être divisées en "obligations de prestation" et en "obligations de comportement" ou en "rapports de prestation" et en "rapports de cadre", les derniers étant indépendants de l'accord de volontés proprement dit, et résultant déjà du fait des négociations*» (*Inexécution...cit.*, p. 157).

⁷⁸⁹ Salientando a inexistência de um número e conteúdo fixo de deveres acessórios de conduta, veja-se PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 438.

⁷⁹⁰ Quanto às características destes deveres e, em particular, à distinção entre estes e os deveres de prestação primários e secundários, veja-se LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 11.

Este modelo não resistiu todavia às alterações sociais, económicas e políticas que entretanto se foram sucedendo, designadamente o progressivo desaparecimento do modelo contratual individualmente negociado, em que as partes actuavam em condições de igualdade e liberdade que permitiam assegurar um resultado justo⁷⁹¹. Com efeito, como salienta CARNEIRO DA FRADA, o modelo liberal apenas poderia subsistir enquanto se mantivessem os respectivos pressupostos, designadamente a possibilidade de recondução clara do contrato a uma vontade individual e a possibilidade de previsão e controlo individual das eventuais causas de dano⁷⁹². O respectivo desaparecimento, fruto, em grande medida, do surgimento do fenómeno da contratação em massa, deu lugar a um crescimento do corpo de normas que envolve e condiciona a celebração e execução do contrato.

A ingerência na autonomia contratual das partes, visível, entre outros, no regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, manifesta-se na imposição de modelos de justiça relacionados com um equilíbrio das prestações tido como desejável pela ordem jurídica, na protecção da parte mais débil e na admissão crescente do controlo dos conteúdos contratuais pelos tribunais⁷⁹³. Este crescente imiscuir do *público* – através da lei e dos tribunais⁷⁹⁴ – no privado levou alguns Autores a falarem mesmo de *contrat dirigé*⁷⁹⁵.

Os dogmas da vontade e da consensualidade que presidiam ao modelo contratual liberal perderam assim, progressivamente, alguma da respectiva força, admitindo-se que, para além dos efeitos acordados e queridos pelas partes e plasmados no contrato, outros haveria que as vinculariam com a mesma intensidade. A concepção voluntarista do contrato, como mera

⁷⁹¹ Trata-se aqui, obviamente de uma extrema simplificação do modelo contratual individualmente negociado, nada assegurando que as partes se encontrassem efectivamente em condições de igualdade e de liberdade ao contratar.

⁷⁹² FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato...cit.*, p. 18.

⁷⁹³ FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato...cit.*, p. 21.

⁷⁹⁴ Veja-se, igualmente, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 340, nota de rodapé n.º 2.

⁷⁹⁵ Assim, JOSSERAND, *apud* CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 149.

composição dos interesses das partes, encontra-se ultrapassada por uma concepção em que predomina a respectiva função social e económica, compreendendo-se pois que a definição do seu conteúdo não seja deixado ao livre arbítrio das partes⁷⁹⁶. Em suma, o contrato «(...) *a cessé d'être l'affaire exclusive des parties; il remplit une fonction sociale et a des conséquences juridiques qui touchent l'ordre de la communauté qui doit le contrôler*»⁷⁹⁷.

De facto, como salienta CONSTANTINESCO, tanto nos Direitos da família romano-germânica como de *common law*, se as obrigações contratuais são, numa primeira linha, aquelas que as partes estipularam no contrato, a estas acrescentam as obrigações que as partes tenham subentendido, bem como aquelas que o legislador e o juiz integrem no quadro contratual. O complexo obrigacional está assim longe de se limitar ao convencionado pelas partes⁷⁹⁸.

Os deveres acessórios inscrevem-se neste círculo de elementos impostos às partes, que prosseguem interesses trans-contratuais, funcionando como elo de ligação do contrato ao sistema jurídico na sua globalidade, como meio de integração na relação contratual de valores e interesses do Direito⁷⁹⁹. Estes deveres prosseguem um conjunto de finalidades diversas, desde a protecção da condição social das partes, a vontade de proteger a vida, a preocupação de assegurar determinadas funções económicas e de tutelar determinados valores essenciais do sistema jurídico, tal como o concebemos, designadamente a boa fé, a confiança, a lealdade, entre outros⁸⁰⁰.

A celebração do contrato resulta assim, em síntese, para as partes não apenas na assumpção dos deveres entre estas acordados, mas também de um conjunto de deveres impostos, essencialmente, pela boa fé e por razões de

⁷⁹⁶ Veja-se, para maiores desenvolvimentos sobre a progressiva evolução do conceito de contrato, VINEY, Geneviève, «Les Obligations. La Responsabilité: conditions», *Traité de Droit Civil*, org. Jacques Ghestin, vol. IV, L.G.D.J., 1982, p 215 e ss.

⁷⁹⁷ CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 146.

⁷⁹⁸ CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 144.

⁷⁹⁹ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 615 e ss. e *Tratado...cit.*, II, I, p. 479.

⁸⁰⁰ CONSTANTINESCO, L.-J., *Inexécution...cit.*, p. 148.

ordem económica e social, (v.g., necessidade de assegurar segurança e certeza do tráfico jurídico). O BGB, na nova versão do §241, afirma expressamente este carácter dual da relação obrigacional que, de um lado, contém a obrigação de prestar acordada entre as partes (n.º 1, §241) e, de outro, um conjunto de deveres de respeito dos direitos, interesses legalmente protegidos e interesses da outra parte («*Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils*», n.º 2, §241).

(c) Classificação

Embora estes deveres não sejam susceptíveis de uma enumeração taxativa, não se encontrem sujeitos a um *numerus clausus*, nem tão pouco seja possível defini-los *ab initio* numa relação contratual, a doutrina tende a distinguir algumas categorias – entre as quais os deveres de informação e conselho, cooperação, sigilo, não-concorrência, vigilância, lealdade, variando a classificação consoante o autor.

CARNEIRO DA FRADA, com base no critério da *função* desempenhada pelos deveres laterais de conduta na relação obrigacional, distingue entre os que visam «*possibilitar o interesse prosseguido pelo credor com a prestação (o fim secundário ou mediato da prestação)*»⁸⁰¹ de um lado e, de outro, os que têm como função proteger as partes de quaisquer danos, pessoais ou patrimoniais, que possam ocorrer no âmbito da relação de proximidade gerada pelo vínculo obrigacional. A estes segundos designou STOLL deveres de protecção (*Schutzpflichten*)⁸⁰², deveres independente da prossecução do *Leistungsinteresse* (interesse da prestação).

MENEZES CORDEIRO propõe uma distinção semelhante, com base no mesmo critério, dividindo os deveres acessórios em dois círculos: um círculo,

⁸⁰¹ FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato...cit.*, p. 40.

⁸⁰² STOLL, Heinrich, *Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 136, 1932, p. 289.

dito *interno*, de deveres que reforçam o dever de prestar, entre os quais se encontram os deveres de informação e de lealdade ao contratado; e um círculo *externo*, de deveres dirigidos à protecção de interesses colaterais ligados à pessoa e ao património das partes, entre os quais se encontram deveres de segurança e de lealdade, *lato sensu*⁸⁰³.

Os deveres do círculo interno resultam de o Direito exigir, quando se acorda numa determinada prestação, que as partes procurem realizá-la. Antecipando a crítica de confusão destes (deveres do círculo dito interno) com deveres secundários de prestação, o Autor salienta que a função daqueles, ainda quando visem reforçar o cumprimento da prestação, vai além da protecção do contratado pelas partes. Estes deveres, na realidade, *complementam* o acordado, introduzindo na relação valores do sistema, um conteúdo axiológico exterior à autonomia privada das partes⁸⁰⁴.

Concretizando os deveres, em função do respectivo conteúdo, MENEZES CORDEIRO propõe uma classificação tripartida em deveres de protecção (ou de segurança⁸⁰⁵), esclarecimento e lealdade⁸⁰⁶.

Os deveres de protecção, que se encontram essencialmente no círculo externo, traduzem-se numa obrigação de evitar que, no âmbito da execução do contrato, as partes se inflijam danos mutuamente.

Os deveres de esclarecimento obrigam as partes a, na execução do contrato, informar-se mutuamente em relação a quaisquer elementos que tenham relevância no âmbito do contrato. Estes deveres encontram-se essencialmente no círculo interno.

Os deveres de lealdade obrigam as partes a «(...) *na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou*

⁸⁰³ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 478.

⁸⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 479.

⁸⁰⁵ No *Tratado de Direito Civil Português*, o Autor escolhe usar o termo segurança em detrimento de protecção que encontramos em *Da Boa Fé No Direito Civil (Tratado...cit.*, II, I, p. 481).

⁸⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 604.

*desequilibrar o jogo das prestações (...)*⁸⁰⁷. No plano interno, refere o Autor, os deveres de lealdade concretizam-se no dever de respeito pela palavra dada e de se abster de adoptar comportamentos contrários ao fim do contrato. No plano externo, traduzem-se essencialmente na obrigação de não atingir valores circundantes ao contratado, podendo, por exemplo, tomar a forma de deveres de não concorrência.

(d) A natureza dos deveres acessórios

Em especial, o regime jurídico do incumprimento

(i) Estado da arte

Os deveres acessórios são, em regra, reconduzidos ao princípio da boa fé⁸⁰⁸, encontrando-se a sua base legal dispersa em legislação avulsa e no Código Civil⁸⁰⁹, em especial, no artigo 762.º, n.º 2, que impõe o cumprimento da obrigação em conformidade com a boa fé⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 606.

⁸⁰⁸ Veja-se, na doutrina nacional, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 343; FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato...cit.*, p. 39; LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações...cit.*, I, p. 123; e CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 479. Reconduzindo estes deveres à boa fé, e em especial ao §242 do BGB, LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 9.

⁸⁰⁹ Entre outros deveres acessórios consagrados no Código Civil, encontramos, por exemplo, o dever de o empreiteiro executar a obra «*sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato*» (artigo 1208.º). Veja-se, a propósito da violação de deveres laterais no contrato de empreitada, pelo empreiteiro, o acórdão do STJ de 19.11.2009, em que o tribunal afirma que «[a] obrigação do empreiteiro para com o dono da obra não se esgota na entrega desta, tal-qualmente foi encomendada, antes a sua responsabilidade, em respeito pelo princípio da boa fé, se estende à consideração do resultado final (...)» (proc. n.º 889/04.4TBVCD.S1, disponível em www.dgsi.pt).

⁸¹⁰ Esta disposição, note-se, constituiu uma novidade na ordem jurídica portuguesa, já que o Código de Seabra não continha qualquer referência à boa fé como regra de conduta. Apenas em 1966 é consagrado este dever de actuação de acordo com a boa fé, na execução do contrato no n.º 2 do artigo 762.º e o tratamento autonomizado do abuso de direito no artigo 334.º. Tal permitiu, refira-se, abrir o caminho ao estudo dos deveres acessórios e da sua relação com a boa fé. Veja-se, quanto à evolução da doutrina e da codificação portuguesa quanto à boa fé objectiva, CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 608 a 612, nota de rodapé n.º 287 e 288.

Estes deveres, não imediatamente reconduzíveis à autonomia privada⁸¹¹, têm as mesmas fontes que as obrigações, podendo surgir desde o início das negociações e subsistir para além do cumprimento⁸¹².

A questão da natureza dos deveres acessórios e, conseqüentemente, do regime a que se encontra sujeito o respectivo incumprimento, não é pacífica entre a doutrina, em especial, se tivermos em mente os deveres de segurança que compõem o círculo externo, na classificação proposta por MENEZES CORDEIRO. Prosseguindo estes um fim relativamente independente da execução da prestação objecto da relação obrigacional, poder-se-ia concluir que a respectiva violação não é reconduzível ao objecto típico do incumprimento contratual. De facto, tratando-se frequentemente de deveres que as partes não previram, nem tão pouco quiseram, poder-se-á, não obstante, reconhecer-lhes uma natureza contratual? A questão seguinte consiste pois em determinar se a violação destes deveres consubstancia um incumprimento, gerador de responsabilidade contratual, ou se, pelo contrário, se trata apenas de um ilícito, fonte de responsabilidade delitual ou ainda de um tipo de responsabilidade intermédia⁸¹³

⁸¹¹ Afirmamos que estes deveres não são *imediatamente* reconduzíveis à autonomia privada atentando num entendimento restrito desta, enquanto «(...) processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada» (RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999, p. 21). Tendo aqueles deveres por fonte a lei não se pode afirmar, *stricto sensu*, que criam *regras negociais autónomas*, ainda que, em sentido lato, possam ser reconduzíveis à autonomia das partes, na medida em que estas, ao celebrarem determinado negócio jurídico, aceitam sujeitar-se a um conjunto de deveres que promanam da lei. Veja-se ainda, sobre esta matéria, NETO, Francisco dos Santos Amaral, «A Autonomia Privada como princípio fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas estrutural e funcional», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1989, p. 5 a 4; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria ...cit.*, p. 102 e ss.; FERNANDES, Luís Carvalho, *Teoria Geral ...cit.*, p. 32 e ss.; VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...cit.*, p. 420; e CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, I, p. 951.

⁸¹² CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 473 e 480.

⁸¹³ Refira-se apenas a posição de CONSTANTINESCO que reconduz a uma tarefa interpretativa do contrato e da vontade das partes a determinação da natureza destes deveres (*Inexécution...cit.*, p. 152).

A maioria da doutrina nacional, bem como da jurisprudência⁸¹⁴ remete a violação dos deveres acessórios para o regime da responsabilidade contratual. Assim, CARLOS MOTA PINTO enquadra a violação destes deveres no regime da responsabilidade contratual (artigo 798.º do Código Civil), afirmando – ainda que no quadro da discussão sobre o regime do artigo 227.º do Código Civil – que aquela «(...) não existe só quando se trata do não cumprimento os contratos, antes se manifesta, igualmente, por força do inadimplemento de obrigações não contratuais»⁸¹⁵. A violação destes deveres laterais pode ainda, afirma o Autor, segundo as circunstâncias, fundar o direito à resolução do contrato⁸¹⁶. Também MENEZES CORDEIRO defende a sujeição dos deveres acessórios – em geral – ao regime das obrigações em que se inserem, engendrando a respectiva violação responsabilidade contratual⁸¹⁷.

A maioria da doutrina, ao aplicar o regime geral do incumprimento das obrigações aos deveres acessórios de conduta, introduz-lhe alguns desvios, designadamente no que concerne à faculdade de recorrer à acção de cumprimento.

CARLOS MOTA PINTO entende que, em regra, não será possível obter coercivamente o cumprimento de deveres laterais⁸¹⁸, em resultado de estes não terem por objecto uma prestação determinada com clareza, antecipadamente^{819/820}.

⁸¹⁴ Veja-se, neste sentido, o acórdão do STJ de 09.05.2006, em que o tribunal reconhece na violação de um dever lateral fundamento bastante para a resolução do contrato e para o accionar de uma pretensão indemnizatória (proc. n.º 06A037, disponível em www.dgsi.pt).

⁸¹⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 353.

⁸¹⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 341 e s.

⁸¹⁷ *Tratado...cit.*, II, I, p. 484. Trata-se de uma alteração da posição do Autor, em relação à defendida em *Da Boa Fé no Direito Civil*, em especial, no que concerne aos deveres acessórios de segurança. Veja-se, em especial, as páginas 638 e 639.

⁸¹⁸ *Cessão...cit.*, p. 349.

⁸¹⁹ CARLOS MOTA PINTO chama a atenção para o facto de tal não implicar, ao contrário do que entendem alguns Autores, que os deveres acessórios de conduta só sejam juridicamente relevantes em caso de violação. Estes deveres, afirma CARLOS MOTA PINTO, existem independentemente da hipótese da sua violação (*Cessão...cit.*, p. 346 e s.)

Também ANTUNES VARELA entende que os deveres acessórios de conduta, não consubstanciando, na generalidade, deveres de prestação, não permitem, em caso de não cumprimento, o recurso à acção de cumprimento. O inadimplemento destes pode dar origem apenas a uma pretensão indemnizatória ou à faculdade de resolver o contrato⁸²¹.

Não se trata todavia de uma posição unânime. CARNEIRO DA FRADA, em termos com que tendemos a concordar, chama a atenção para o facto de, por um lado, o conteúdo do dever poder, fruto das circunstâncias, encontrar-se definido anteriormente à sua violação e, por outro, poder suceder que, mesmo depois do respectivo incumprimento, o interesse do credor no seu cumprimento se mantenha. Assim, conclui CARNEIRO DA FRADA, nestes casos – que podem ser marginais, é certo – será necessário, tendo em atenção a *ratio* do instituto da acção de cumprimento, bem como a relação desta com os outros instrumentos colocados à disposição do credor (direito a ser indemnizado e direito a resolver ou a denunciar o contrato), aferir se é possível recorrer àquele instrumento⁸²².

(ii) Posição adoptada

No que concerne ao regime aplicável ao incumprimento de deveres acessórios de conduta, tendemos a concordar com a doutrina maioritária. O regime geral do incumprimento das obrigações, por contraposição com o regime da responsabilidade civil, parece-nos mais adequado a regular as situações de violação daqueles deveres.

⁸²⁰ No mesmo sentido, LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, p. 12. O Autor refere que a violação destes deveres poderá dar lugar sim a uma obrigação de indemnizar e a um direito a resolver ou denunciar o contrato.

⁸²¹ *Das Obrigações...cit.*, vol. I, p. 127 No mesmo sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito...cit.*, vol. I, p. 125.

⁸²² *Contrato...cit.*, p. 39 e s., nota de rodapé n.º 67. Veja-se quanto à questão da exigibilidade judicial de cumprimento dos deveres acessórios de conduta, OLIVEIRA, Nuno Pinto, «Inexigibilidade Judicial do Cumprimento de Deveres Acessórios de Conduta?», *Scientia Jurídica*, n.º 293, 2002, p. 294 a 303.

De facto, tendo em conta que estes deveres surgem no quadro de uma relação contratual que, pela aproximação dos sujeitos que gera, torna cada uma das partes mais vulnerável à actuação da outra, aumentando o risco de produção de danos mútuos, a responsabilidade obrigacional, proporcionando uma protecção mais vigorosa do credor – em resultado, designadamente, da presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1, do CC – surge como mais adequada. Por outro lado, tratando-se de um regime desenhado para aplicação a relações específicas, parece-nos, também por esta razão, mais adequado quando comparado com o da responsabilidade civil.

2. O objecto do incumprimento

2.1. A violação de um dever de acessório de conduta

Como tivemos oportunidade de verificar a propósito da figura da recusa de cumprimento, tanto nos Direitos de *common law*, como de *civil law*, uma doutrina significativa reconhece naquela declaração a violação de um dever acessório de conduta, cuja designação varia, consoante a doutrina, entre *dever de não repúdio do contrato* e *dever de abstenção de comportamentos contrários à execução do contrato*.

Em *common law*, em especial na doutrina próxima de *Hochster v. de La Tour*, bem como no Direito francês, em VANWIJCK-ALEXANDRE, a proposta avançada é da violação de um dever *implícito* («*implied term*»⁸²³) de não perturbar a execução do contrato e a confiança do credor na satisfação do respectivo crédito. No Direito francês, este dever é reconduzido aos princípios da boa fé e da força obrigatória do contrato.

⁸²³ *Aspects...cit.*, p. 493 e ss. Quanto ao conceito de *implied terms*, veja-se *supra*, capítulo II, §1.4, 5.1, (a), quanto à teoria da promessa implícita de não repúdio (*Hochster v. de la Tour*).

Para outros Autores, aquele dever não é implícito. Tal é o caso de THOMAS GENICON que, à semelhança do que encontramos em *Frost v. Knight*, reconhece na recusa de cumprimento a violação de uma obrigação presente, emergente do princípio da boa fé⁸²⁴.

Na sequência do que se referiu acima, o quadro dogmático em que estas teorias surgem assenta numa concepção da obrigação, não tanto como o atingir de um determinado resultado, mas sim como a sujeição do devedor a um determinado comportamento, num certo sentido e com uma determinada finalidade⁸²⁵, em que a vontade – enquanto vontade de cumprimento – e a boa fé do devedor assumem uma particular relevância. A *vontade do devedor* desempenha um papel essencial todo ao longo da relação obrigacional, designadamente, em todos os momentos em que aquele tenha de ter um comportamento coerente com a realização do fim da relação obrigacional^{826/827}.

Em ambas hipóteses – dever explícito ou implícito, a *anticipatory breach* consubstancia, na realidade, uma *actual breach* de um dever legal imposto às partes.

Também a doutrina nacional tende a reconhecer na recusa de cumprimento a violação de um dever de conduta emergente da boa fé⁸²⁸.

⁸²⁴ *La Résolution...cit.*, p. 230 e s.

⁸²⁵ MURARO, G., «L'inadempimento...cit.», p. 275.

⁸²⁶ A conclusão não é todavia isenta de controvérsia. De facto, como vimos acima, parte da doutrina nega qualquer relevância à vontade do devedor – enquanto vontade de cumprimento – no período entre a celebração do contrato e o vencimento da obrigação. Veja-se, neste sentido, MURARO, G., «L'inadempimento...cit.», p. 276.

⁸²⁷ Também FRAGALI salienta a importância da vontade do devedor todo ao longo da relação obrigacional: «(...) *la volontà del debitore deve risentire del vincolo con un'intensità costante per tutta la durata del rapporto perché a questo sia mantenuta una forza di attualità sempre viva ed affidante*» («La dichiarazione...cit.», p. 257). Adiante repete o Autor a mesma ideia quando, a propósito do vencimento da obrigação, o descreve como «(...) *un diaframma che respinge sempre in una zona di indifferenza giuridica il comportamento del debitore anteriore; questo comportamento anteriore è suscettibile di influenzare la sorte del rapporto, cose come può influenzarla il comportamento posteriore alla scadenza, se è tale da rilevare una condotta del debitore non coerente con l'obbligazione assunta*» («La dichiarazione...cit.», p. 257). TARTAGLIA caracteriza esta concepção pelo facto de ter «*particolare riguardo alla obbligazione vista nella sua realizzazione attraverso un ampio arco di tempo*» («Dichiarazione...cit.», p. 25).

⁸²⁸ Veja-se supra, capítulo IV, §2.1., 2.2.

CALVÃO DA SILVA, por exemplo, refere o incumprimento de um dever de conduta que obriga o devedor a manter a confiança do credor no cumprimento e a não afectar negativamente o valor do crédito. No mesmo sentido parece inclinar-se a pouca jurisprudência que se pronuncia sobre esta matéria⁸²⁹. Assim, num acórdão de 22.06.2010, o STJ decidiu que «[d]eve considerar-se, em homenagem ao princípio do pontual cumprimento dos contratos – art. 406º, n.º 1, do Código Civil – e à confiança que os contraentes depositam no cumprimento das prestações recíprocas, que constitui fundamento para a resolução do contrato a violação grave do princípio da boa-fé, que abrange os deveres acessórios de conduta, sobretudo nos casos em que o comportamento do devedor evidencie uma clara e inequívoca vontade de não cumprir»^{830/831}.

2.2. A violação do dever principal

A identificação na recusa de cumprimento de uma violação de um dever acessório, embora frequente na doutrina e jurisprudência, não é todavia unânime. Assim, por exemplo, na doutrina nacional, BRANDÃO PROENÇA, na esteira de H. LESER⁸³², entende não se estar aqui perante a violação de um dever acessório, designadamente de protecção da confiança do credor na manutenção do vínculo, mas perante o incumprimento actual do dever principal de prestar. Recorde-se, mais uma vez, que, muito embora o Autor reconduza a declaração

⁸²⁹ Como tivemos oportunidade de constatar acima, designadamente a propósito do estado da arte na jurisprudência portuguesa no que concerne à recusa de cumprimento (capítulo IV, §2.2), embora exista um número significativo de decisões que equipare a recusa ao incumprimento, raros são os casos em que o objecto do incumprimento é revelado.

⁸³⁰ Processo n.º 6134/05.8TBSTS.P1.S1, texto integral disponível em www.dgsi.pt.

⁸³¹ O tema da relevância jurídica da violação dos deveres acessórios no quadro dos contratos de execução duradoura, designadamente como fundamento para a respectiva resolução, será analisado adiante a propósito da questão da exigibilidade de manutenção da relação contratual na sequência da declaração de resolução infundada. Pelo que, quanto a este ponto, remetemos para capítulo V, §3.3.

⁸³² Veja-se, designadamente, «Die Erfüllungsverweigerung», *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag Geburtstag am 5. Juli 1969*, II, Mohr, 1969, p. 643 a 658.

de não cumprimento antecipada ao incumprimento, não aceita a qualificação da resolução infundada como recusa de cumprimento⁸³³.

2.3. Em particular a teoria da violação positiva do contrato

Alguns Autores propõem o enquadramento da recusa de cumprimento emitida antes do vencimento e, bem assim da resolução infundada do contrato, na teoria da violação positiva do contrato. A adequação desta ao sistema jurídico nacional não é todavia evidente.

(a) Adequação ao Direito nacional

Como tivemos oportunidade de referir acima, a propósito do enquadramento da figura da recusa de cumprimento antes do vencimento no Direito alemão, parte da doutrina, não só alemã, mas também italiana, entre outras, reconduz a recusa de cumprimento antes do vencimento à *positive Vertragsverletzung*⁸³⁴.

O sentido e a necessidade de uma tal teoria no âmbito da versão anterior a 2002 do BGB foram largamente discutidos na literatura jurídica alemã⁸³⁵, tendo as tentativas de importação desta para a ordem jurídica nacional sido objecto de crítica significativa. A questão mantém a sua pertinência já que o legislador português optou, em 1966, por não consagrar um tratamento geral do incumprimento defeituoso, fazendo-lhe apenas referência no artigo 799.º, deixando à doutrina e jurisprudência a tarefa de determinar o regime aplicável àquela forma de inadimplemento.

⁸³³ *A Resolução do Contrato...cit.*, p. 152 e 153.

⁸³⁴ Veja-se, *supra*, capítulo IV, §1.1 e §1.2.

⁸³⁵ Quanto às críticas a que a teoria foi sujeita no Direito alemão, em especial quanto à respectiva necessidade, veja-se CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 594 e 599.

MENEZES CORDEIRO, com fundamento na inexistência no Código Civil de um regime jurídico directamente aplicável aos casos integrados, tipicamente, na violação positiva do contrato – *v.g.*, o cumprimento defeituoso, entende haver espaço para a teoria da violação positiva do contrato no Direito nacional⁸³⁶. O Autor integra na violação positiva do contrato os casos de incumprimento defeituoso da prestação principal, incumprimento ou impossibilitação de prestações secundárias e ainda os casos de violação de deveres acessórios. Relembre-se que, para o MENEZES CORDEIRO, a recusa de cumprimento não é reconduzível à violação positiva do contrato, consubstanciando antes uma mera renúncia ao benefício do prazo⁸³⁷.

Para além de MENEZES CORDEIRO⁸³⁸, acolhem a teoria RIBEIRO DE FARIA⁸³⁹, ALMEIDA COSTA⁸⁴⁰ e FERREIRA DE ALMEIDA, ainda que este último comece por reconhecer que a referência genérica que o Código Civil faz ao cumprimento defeituoso no artigo 799.º, n.º 1, «(...) torna porventura dispensável que se recorra, no direito português, à figura da “violação positiva do contrato» para fundamentar os seus efeitos (...). Acaba todavia por concluir que «[h]aja ou não, no código civil português, lacuna semelhante àquela que se detectou no BGB, a recepção da figura mostrar-se-á sempre fecunda»⁸⁴¹.

(b) A inadequação da teoria ao sistema jurídico nacional

A recepção da teoria da violação positiva do contrato está todavia longe de ter um acolhimento unânime, encontrando a oposição de, entre outros, VAZ

⁸³⁶ *Tratado...cit.*, II, IV, p. 195 a 197.

⁸³⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 602. Para maiores desenvolvimentos sobre a posição do Autor, veja-se «Violação...cit.», p. 128 a 152, em especial p. 143 e nota de rodapé n.º 39.

⁸³⁸ Note-se que a teoria da violação positiva já tinha sido acolhida anteriormente em Portugal por MANUEL DE ANDRADE, ainda que manifestando reservas à designação proposta por STAUB (*Teoria ...cit.*, p. 320 e ss.). Criticando igualmente a designação, veja-se SERRA, Adriano Vaz, «Impossibilidade Superveniente e Cumprimento...cit.», p. 73.

⁸³⁹ *Direito das Obrigações*, II, Almedina, 1990, p. 341 e s. e 459 e ss.

⁸⁴⁰ *Direito...cit.*, p. 1058 e ss.

⁸⁴¹ *Texto...cit.*, p. 642, nota de rodapé n.º 110.

SERRA⁸⁴², CARLOS MOTA PINTO, GALVÃO TELLES e, mais recentemente, de P. ROMANO MARTÍNEZ.

P. ROMANO MARTÍNEZ defende que as situações tipicamente apontadas como campos de aplicação da teoria da violação positiva do contrato encontram uma solução satisfatória no Direito português, sem necessidade de recurso àquela. Entende assim o Autor ser a figura absolutamente supérflua no Direito nacional⁸⁴³. P. ROMANO MARTÍNEZ divide em sete categorias as situações reconduzidas à violação positiva do contrato. O primeiro conjunto de casos, em regra reconduzidos à *positive Vertragsverletzung*, diz respeito à violação de deveres de omissão. Ora, estes, para o Autor, constituem simples casos de incumprimento contratual. Os casos de violação de deveres de cuidado e protecção, por sua vez, seriam resolvidos com recurso ao artigo 483.º do CC, com base na responsabilidade extracontratual⁸⁴⁴. Também a violação de deveres laterais, como o dever de informação, sigilo, entre outros, se resolveriam no Direito português, segundo P. ROMANO MARTÍNEZ, seja com recurso ao incumprimento contratual – mora, incumprimento defeituoso ou definitivo, seja extracontratual (artigo 485.º do CC). Os casos de violação de um dever de entrega num contrato de fornecimento sucessivo encontrariam igualmente uma resposta nas regras do Código Civil, no regime do incumprimento. A declaração antecipada de não cumprimento, frequentemente apontada como exemplo de violação positiva do contrato, não constitui para o Autor, só por si, uma violação do contrato. Os casos de *culpa post pactum finitum* seriam em Portugal reconduzíveis ao incumprimento por violação de deveres laterais que subsistam após a respectiva extinção. Finalmente, o último grupo de casos reconduzido à violação positiva do contrato corresponde aos casos de

⁸⁴² SERRA, Adriano Vaz, anotação ao acórdão de 05.12.1967, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 101, p. 263 e s.

⁸⁴³ MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Cumprimento...cit.*, p. 60 e ss.

⁸⁴⁴ O exemplo apresentado pelo Autor é de um vendedor de fruta cujas maçãs, estando estragadas, contaminam as restantes do comprador.

incumprimento defeituoso que encontrariam enquadramento na figura do incumprimento contratual admitida no artigo 798.º do CC em termos muito amplos.

Embora não concordando com P. ROMANO MARTÍNEZ na integra, entendemos que a maioria dos casos, em regra, reconduzidos à teoria da violação positiva do contrato encontram, no Direito nacional, solução satisfatória, seja através da aplicação directa das regras que compõem o regime geral do incumprimento, seja indirectamente através da aplicação analógica de regras reservadas para tipos contratuais específicos. Razão pela qual, nos parece, com efeito, dispensável o recurso àquela figura.

§3.3. A tutela do receio de incumprimento

Ainda que se entenda que a resolução infundada não consubstancia um incumprimento do contrato, tal não obsta a que se admita que, na medida em que traduz um risco efectivo de incumprimento futuro, o credor reaja àquela declaração como se de um incumprimento presente se tratasse.

O risco de inadimplemento pode, com efeito, de forma autónoma ou associado a outros factores, sustentar a equiparação da resolução infundada ao incumprimento. Neste sentido, defende CARNEIRO DA FRADA que a disponibilização ao credor, a quem é antecipadamente recusado o cumprimento, de instrumentos de reacção ao incumprimento resulta da situação objectiva de *incerteza* quanto ao futuro da relação contratual em que este se encontra⁸⁴⁵.

De facto, independentemente dos fundamentos apresentados na literatura jurídica de *common law* para a regra da *anticipatory breach*, pode-se afirmar, com

⁸⁴⁵ O Autor defende ainda a admissibilidade de retractação do devedor – que recusou o cumprimento antes do vencimento – e o regresso à posição de cumprimento (*Teoria...cit.*, p. 409, nota de rodapé n.º 417).

segurança, que lhe subjaz o reconhecimento da relevância jurídica do receio fundado do credor de incumprimento futuro⁸⁴⁶.

1. A tutela do receio de incumprimento na lei

Os Direitos da família romano-germânica são igualmente sensíveis ao receio de incumprimento. Veja-se, designadamente, o §323 (4) do BGB, que atribui ao credor um direito de resolução *antes* do vencimento sempre que seja evidente (*offensichtlich*) que os pressupostos da resolução se encontrarão preenchidos *depois* do vencimento. Esta regra, como chama a atenção WEIDT, representa, de um ponto de vista dogmático, uma previsão do risco de incumprimento (*Erfüllungsgefährdung*), na medida em que visa a provável ocorrência de uma violação de uma obrigação depois do vencimento⁸⁴⁷.

No Direito italiano, encontramos diferentes instrumentos de tutela preventiva do direito do credor perante o receio de incumprimento, designadamente o artigo 1186.^o do CCI, que regula a perda do benefício do prazo, a exceção de não cumprimento no artigo 1460.^o e a resolução do contrato de fornecimento com fundamento em incumprimento de uma prestação (artigo 1564.^o). Estes casos, afirma FRAGALLI, «(...) *vivono nel quadro di rimedi preventivi che danno al creditore il potere di anticipare le scelte che gli competono ove si avverassero o si ripetessero gli avvenimenti temuti o avvisati*»⁸⁴⁸.

Também a lei nacional se revela sensível ao *receio* do credor não satisfazer o respectivo direito de crédito, admitindo o accionar imediato de faculdades em regra reservadas para depois do vencimento da obrigação. Vejamos alguns exemplos.

⁸⁴⁶ Veja-se, por todos, BEALE: «(...) *the doctrine of anticipatory repudiation provides some protection to the party who reasonably fears that the other will not perform*» (*Remedies...cit.*, p. 73).

⁸⁴⁷ WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 113.

⁸⁴⁸ «La dichiarazione...cit., p. 260.

O artigo 607.º confere ao credor a faculdade de subrogar-se nos direitos do devedor perante terceiros, *antes do vencimento* do crédito. A lei é sensível ao risco que o credor a prazo poderia correr se esperasse até ao momento do vencimento do crédito para se subrogar ao devedor no seu exercício, permitindo-lhe que o faça em momento anterior⁸⁴⁹. Para tal será apenas necessário que o credor prove que tal é «*essencial à satisfação ou garantia do direito do credor*» (606.º) e que tem «*interesse em não aguardar a verificação da condição ou o vencimento do prazo*» (607.º).

O artigo 674.º, por outro lado, permite que o credor pignoratício proceda à venda *antecipada* da coisa empenhada, sempre que haja *receio fundado* que esta se perca ou deteriore, mediante prévia autorização judicial. Note-se que não se devendo a venda ao incumprimento da obrigação, o produto desta não é entregue ao credor pignoratício para satisfação do crédito.

No âmbito da hipoteca, veja-se, entre outros, o artigo 725.º que atribui ao credor a faculdade de, *antes do vencimento* do prazo, exercer o seu direito contra o adquirente da coisa ou o direito hipotecado se, por culpa deste, diminuir a segurança do crédito

Trata-se de casos em que, em resultado do receio de incumprimento, a lei admite o exercício antecipado pelo credor dos direitos que, de outra forma, apenas se encontrariam disponíveis depois do vencimento da obrigação.

Para além destas disposições, relevam ainda, em especial, os artigos 429.º e 780.º do CC.

Mediante a ocorrência de alguma das circunstâncias previstas no artigo 429.º, reconhece a lei à parte obrigada a cumprir em primeiro lugar a faculdade de recusar a sua prestação. Assim, se depois da celebração do contrato «*se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo*» tem o contraente obrigado a cumprir em primeiro a faculdade de opor ao credor a excepção de não cumprimento. Com efeito e, como refere VAZ SERRA, quando

⁸⁴⁹ Neste sentido, VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, II, p. 443 e s.

«(...) a situação económica da outra parte piorou depois do contrato, a ponto de fazer perigar o direito à contraprestação, não é justo que se obrigue o contraente que devia prestar primeiro a fazê-lo sem que lhe seja dada caução. Com efeito, se se comprometeu a cumprir em data certa anterior foi porque partiu da convicção de que realizaria o direito à contraprestação; tendo-se modificado a situação económica da outra parte, nos termos referidos, cai a base em que assentara aquela obrigação e, por este motivo é legítimo que seja autorizado a recusar a sua prestação enquanto a contraprestação não for feita ou caucionada»⁸⁵⁰.

A maioria da doutrina e da jurisprudência⁸⁵¹ tem interpretado a referência do artigo 429.º às «circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo», como uma remissão para o artigo 780.º, que regula a perda do benefício do prazo e define como circunstâncias determinantes daquela, a insolvência do credor (não sendo exigível a declaração judicial da mesma) e a diminuição das garantias do crédito prestadas⁸⁵² ou a falta das garantias prometidas, por causa imputável ao devedor.

Alguma doutrina todavia, procurando oferecer uma maior protecção ao credor, propõe uma interpretação extensiva do artigo 429.º Assim, VAZ SERRA, nos trabalhos preparatórios do Código Civil e em anotação a diferentes acórdãos já depois do Código Civil actual se encontrar em vigor, defende que o campo de aplicação da excepção é mais amplo, indo além dos casos referidos no artigo 780.⁸⁵³, abrangendo a remissão do 429.º qualquer caso em que a degradação da situação patrimonial da contraparte pusesse em «perigo

⁸⁵⁰ SERRA, Adriano Vaz, «Excepção de contrato não cumprido», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 67 de Junho, 1957, p. 53 e 54.

⁸⁵¹ Veja-se, por todos, VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, I, p. 401 e nota 1 da mesma página.

⁸⁵² Note-se que o Código Civil não exige que a garantia se torne insuficiente à satisfação do crédito, mas apenas a respectiva diminuição. Considera-se que esta basta para fazer o credor perder a confiança na outra parte, confiança essa que se encontrava na base da concessão do prazo ao devedor. A boa fé impõe todavia um mínimo de gravidade da diminuição para accionar o mecanismo do artigo 780.º.

⁸⁵³ VAZ SERRA na anotação ao acórdão de 19.11.1971, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105, p. 284 e ao acórdão 26.03.1974, na mesma revista, ano 108, p. 154.

evidente»⁸⁵⁴ o cumprimento da prestação devida. Argumenta ainda este Autor que apenas assim se encontra tutelada a confiança de quem ficou obrigado a cumprir primeiro, na realização da contraprestação⁸⁵⁵.

O Código Civil Italiano no artigo 1461.º, «*Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*)», correspondente ao nosso 429.º, estabelece como critério de relevância da alteração das condições patrimoniais da parte obrigada a cumprir em primeiro, para efeitos de exercício da excepção de não cumprimento, o «*evidente pericolo*» de «*conseguimento della controprestazione*». Também os Códigos Civis alemão, grego e brasileiro acolhem este critério. VAZ SERRA entende assim que o artigo 429.º deve ser interpretado no mesmo sentido que estas disposições⁸⁵⁶, por o fundamento do instituto da excepção de não cumprimento, i.e., a preservação do equilíbrio contratual, impor a possibilidade do seu exercício nestas circunstâncias.

Neste sentido, também CALVÃO DA SILVA considera que se deve «*estender o alcance do art. 429º e facultar ao contraente obrigado a cumprir em primeiro lugar a exceptio, sempre que seja notório, face ao circunstancialismo concreto, o perigo de não receber a contraprestação, a fim de não o deixar desprotegido e preservando o equilíbrio contratual subjacente ao instituto da exceptio como sua razão de ser*»⁸⁵⁷.

⁸⁵⁴ A expressão é de VAZ SERRA na anotação ao acórdão de 19.11.1971...*cit.*, p. 283. Veja-se também, de forma mais desenvolvida a argumentação de VAZ SERRA neste sentido «Excepção...*cit.*, p. 53 ss.

⁸⁵⁵ A natureza do vínculo que une as duas obrigações exigiria tal tutela, pois só assim se garantiria que uma das partes não se visse obrigada a cumprir sem que a outra o fizesse. Com efeito, a parte que aceitou cumprir em primeiro fê-lo na convicção do cumprimento da contraprestação, pelo que, como referimos, a alteração da situação patrimonial da contraparte faz cair a base em que assentou a assumpção daquela obrigação, sendo desta forma legítima a recusa da prestação enquanto a contraprestação não for realizada ou garantida.

⁸⁵⁶ Nesta medida e, fortemente inspirado pela redacção do Código Civil Italiano, propõe em 1957 a seguinte redacção para o actual artigo 429º: «*Cada uma das partes num contrato bilateral pode recusar a sua prestação enquanto não se faça a contraprestação ou não se dê garantia bastante, se, em consequência de alteração, posterior ao contrato, da situação patrimonial da outra parte é posta em perigo manifesto a efectivação do direito à contraprestação*» («Excepção...*cit.*, p. 175).

⁸⁵⁷ SILVA, João Calvão da, *Cumprimento...cit.*, nota de rodapé n.º 601, p. 333.

ANTUNES VARELA⁸⁵⁸, bem como JOSÉ JOÃO ABRANTES, consideram que a proposta de VAZ SERRA não tem suporte legal. Os artigos 428.º e 780.º, como aliás o próprio VAZ SERRA refere, têm o mesmo fundamento: a *tutela do credor e da perda justificada de confiança* deste, que esteve na base da concessão do prazo em benefício do devedor. Pelo que, o racional de VAZ SERRA quanto ao âmbito de aplicação do artigo 429.º deveria ser logicamente extensível ao do 780.º, não fazendo sentido aumentar o âmbito de aplicação de um e não do outro. De facto e, como salienta ANTUNES VARELA, parece ter havido uma vontade clara do legislador de afastar a disposição do artigo 429.º da redacção proposta por VAZ SERRA e, bem assim, dos códigos italianos, gregos, brasileiros e alemão⁸⁵⁹.

A solução de VAZ SERRA oferece, de facto, uma protecção acrescida para a parte que se encontra obrigada a cumprir em primeiro, e talvez mesmo mais *justa*, por contraposição com a interpretação proposta por ANTUNES VARELA. A limitação das circunstâncias relevantes para efeitos de perda de benefício do prazo é, parece-nos, produto de um compromisso entre os diferentes valores e interesses em jogo: por um lado, a confiança do credor e o direito à satisfação do seu crédito e, por outro, a segurança do comércio jurídico. A inserção de uma fórmula genérica, como a proposta por VAZ SERRA, introduziria um grau de incerteza susceptível de gerar efeitos perniciosos a nível da segurança jurídica⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, I, nota de rodapé n.º 1, p. 401.

⁸⁵⁹ Assim, entende o Autor que «(...) o confronto dos textos do artigo 69º do Anteprojecto Vaz Serra, do artigo 387º (1ª revisão min.) e do artigo 429º (2ª ver.) é suficientemente elucidativo a este respeito. E também não convence, neste caso, o confronto com as disposições congéneres de outros sistemas (...). As fórmulas usadas nesses diplomas são manifestamente diferentes da do Código português, que expressa e deliberadamente restringiu o âmbito da *exceptio* aos casos de verificação de “alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo» (*Das Obrigações...cit.*, I, nota de rodapé n.º 1, p. 401).

⁸⁶⁰ Uma das críticas apresentadas por VAZ SERRA a esta interpretação do artigo 429.º é de que esta esvazia o artigo 429.º de qualquer efeito útil, pois o regime nele definido resultaria já da simples conjugação dos artigos 780.º e 428.º. A perda do benefício do prazo conduziria à aplicação da regra supletiva do cumprimento simultâneo e conseqüentemente à oponibilidade da excepção de não cumprimento por qualquer uma das partes. Não nos parece todavia que assim seja. O artigo 429.º introduz, de facto, uma novidade ao regime que resultaria da simples conjugação dos artigos 780.º e 428.º. Com efeito, o artigo 429.º permite, ao contrário do

Perante o receio de incumprimento fundado na situação patrimonial do devedor, reconhece a lei ao credor a faculdade de suspender a execução da respectiva obrigação, enquanto a confiança na satisfação do seu crédito não tiver sido restaurada – seja através da satisfação do mesmo, seja através da prestação de garantias.

2. A necessidade de uma tutela preventiva e não apenas sancionatória

2.1 A lesão do crédito como uma inevitabilidade:

A ausência de tutela preventiva

Como tivemos oportunidade de referir acima⁸⁶¹, a doutrina tradicional tende para uma concepção da relação obrigacional resumida a dois momentos, o nascimento e a extinção da obrigação, ignorando qualquer perspectiva de continuidade. Neste quadro, qualquer juízo sobre o comportamento do devedor, designadamente aquele que ocorra no espaço de tempo entre a assumpção da obrigação e o seu vencimento, é realizado *posteriormente* ao respectivo vencimento, i.e., perante o seu cumprimento ou incumprimento, tendo como finalidade única a determinação da responsabilidade do devedor.

estipulado no artigo 428.º, ao devedor afastar a exceção de não cumprimento mediante a prestação de garantias. O artigo 428.º proíbe no seu número dois a possibilidade de afastar a exceção mediante a prestação de garantias, por se pretender através do exercício daquela impelir a contraparte ao cumprimento simultâneo da obrigação devida e, bem assim, manter o equilíbrio contratual definido pelas partes. Neste caso não nos encontramos perante uma situação de incumprimento ou de não oferecimento simultâneo da prestação. O exercício da exceção não visa, aqui, o cumprimento simultâneo das prestações que as partes não quiseram, antes afastaram através da estipulação de um prazo, pelo que não faria sentido, agora, obrigá-las a tal. Procura-se apenas assegurar uma das partes contra o risco de incumprimento da contraparte, assumindo aqui a exceção uma função predominantemente de garantia, pelo que se admite, à semelhança do que sucede com o direito de retenção, direito real de garantia (art. 756.º, d)), o afastamento da exceção mediante a prestação de garantias (SERRA, Adriano Vaz, «Exceção...*cit.*», p. 65 e 66).

⁸⁶¹ Veja-se, *supra*, capítulo IV, §3.1, 2.

Esta construção da relação obrigacional – embora encontrando algumas exceções na lei, como as que tivemos oportunidade de mencionar no ponto anterior, em que o legislador se mostrou sensível ao receio de incumprimento – conduz a um modelo sancionatório do comportamento do devedor tendencialmente repressivo: a realização do juízo *a posteriori* mostra clara e inequivocamente que não se pretende impedir a lesão do crédito. A lesão do crédito pelo devedor, pelo seu comportamento, pela sua vontade dolosa ou meramente negligente, é assim de certa forma encarada como uma *inevitabilidade* com a qual apenas se lidará *depois* de consumada. O crédito surge como algo não merecedor de tutela jurídica preventiva contra as lesões do devedor.

2.2 A realidade económica actual do crédito

A necessidade de uma tutela preventiva

Esta concepção encontra-se associada a uma determinada perspectiva de abordagem do direito de crédito, caracterizada pelo tendencial negligenciar da respectiva vertente económica – excepção feita a algumas situações pontuais, como por exemplo, os casos de prestação de garantias do crédito⁸⁶² – e centrada apenas na sua satisfação através da realização da obrigação correspondente pelo devedor.

Sucedem que a importância económica e social desempenhada pelo direito de crédito no mercado não se coaduna com o ignorar, pelo Direito, do espaço de tempo decorrido entre o surgimento do crédito e a sua satisfação. De facto – não significando tal que se queira pôr em causa a relatividade da relação obrigacional, o crédito não pode ser concebido como uma mera relação económica inter-individual. A sua relevância, enquanto instrumento essencial

⁸⁶² Veja-se alguns exemplos no capítulo IV, §3.3, 1 *supra*.

da actividade económica, com um valor patrimonial preciso e imediato, transcende este nível relacional⁸⁶³.

O crédito representa no património do credor um bem com um determinado valor económico, susceptível de comércio. Deste ponto de vista, o crédito é objecto de um interesse específico do credor: que este mantenha *a todo o tempo* o valor mais elevado possível. Por outro lado, entre o momento da celebração do contrato e do respectivo cumprimento, a expectativa criada por aquele tem um valor económico, por exemplo, na medida em que pode servir de base à celebração de outros contratos.

Neste contexto é impossível negar a relevância *jurídica* do comportamento do devedor *antes* do vencimento da obrigação e, em particular, a capacidade da mera declaração de não cumprimento ou de resolução colocar em causa o valor do direito de crédito e, bem assim, atingir a essência da relação obrigacional^{864/865}.

A regra da *anticipatory breach* inova, oferecendo ao credor uma protecção mais completa e adequada, ao permitir-lhe recorrer aos instrumentos reservados para situações de incumprimento, perante um receio fundado de frustração do respectivo direito de crédito⁸⁶⁶.

⁸⁶³ MURARO, G., «L'inadempimento...cit.», p. 282.

⁸⁶⁴ Note-se que para FRAGALI a lesão produzida pela recusa de cumprimento no credor não afecta o respectivo interesse contratual, «(...) *perché il contratto non garantisce il valore della prestazione (...)*». Constitui sim uma violação do dever de respeito da esfera patrimonial («La dichiarazione...cit.», p. 254).

⁸⁶⁵ Outra crítica frequentemente realizada à regra da *anticipatory breach*, centra-se na premissa de que o incumprimento consiste necessariamente num estado de facto, não podendo reconduzir-se a uma mera declaração verbal. Neste sentido, afirma ROMANO que «(...) *una volontà di non adempiere è significativa in quanto sia accompagnata dall'effettivo comportamento inattivo; (...) una manifestazione di volontà in questo senso è irrilevante, mantenuta sul piano della pura volontà*» («Valore...cit.», p. 611). Também TARTAGLIA afirma «(...) *l'inadempimento deve consistere in un fatto, obiettivamente certo, dimostrativo della mancata realizzazione del contenuto dell'obbligazione considerata nel contratto. L'unica eccezione a tale nozione d'inadempimento obiettivo sembrerebbe quella prevista dall'art. 1219, n.2, c.c., concernente la dichiarazione scritta di non volere adempiere*» («Dichiarazione...cit.», p. 23).

⁸⁶⁶ Veja-se, neste sentido, VANWIJCK-ALEXANDRE, M., *Aspects...cit.*, p. 9.

§3.4. A quebra da confiança

(remissão)

Finalmente, importa referir a questão da confiança. A *quebra da confiança* surge de forma isolada ou associada à violação de deveres acessórios de conduta ou ainda ao receio de não cumprimento, frequentemente, como fundamento para a disponibilização ao credor dos instrumentos previstos na lei para o incumprimento.

Por razões de organização optámos por tratar esta matéria adiante, a propósito da questão da exigibilidade de manutenção da relação contratual na sequência da emissão da declaração de resolução infundada⁸⁶⁷.

§3.5. Conclusões

FRAGALI descreve a relação obrigacional como uma realidade que *flui* para o cumprimento. É esta unidade e esta continuidade, presentes na imagem do Autor, que fazem relevar o comportamento do devedor antes mesmo do vencimento da obrigação. Ao agir em contradição com este movimento o devedor retira força à relação, minando-a, de forma mais ou menos acentuada, consoante o caso.

Tal é o que sucede no caso da recusa antecipada de cumprimento em geral e da resolução infundada, em particular. Trata-se aqui de uma conduta que, na medida em que é claramente contrária àquele fluxo, àquela que deve ser a vontade do devedor ao longo da relação obrigacional, i.e., uma vontade tendente ao cumprimento, atinge de forma grave um elemento crucial da

⁸⁶⁷ Veja-se *infra*, capítulo V, §3.3, 1.2, (b).

relação obrigacional⁸⁶⁸, podendo mesmo conduzir à extinção do interesse que lhe deu origem⁸⁶⁹.

Face à gravidade do comportamento, surge-nos a disponibilização ao credor das faculdades previstas na lei para o incumprimento, como um meio necessário para assegurar uma tutela adequada e eficiente dos interesses daquele, em particular, e do comércio jurídico, em geral.

Na base do accionar destes instrumentos encontrar-se-á a violação de um dever de conduta⁸⁷⁰, a quebra da confiança base do contrato⁸⁷¹, a violação da obrigação principal ou ainda a tutela do receio de incumprimento. A relevância de um ou de outro destes elementos, como fundamento para o recurso àquelas faculdades, variará consoante o caso e, em particular em função do tipo contratual em questão.

⁸⁶⁸ MURARO, G., «L'inadempimento...*cit.*», p. 275.

⁸⁶⁹ FRAGALI, M., «La dichiarazione...*cit.*», p. 257.

⁸⁷⁰ Refira-se apenas a individualização, no §324 do BGB, da violação de um dever de conduta emergente do §241 (2) – o §241 (2) refere-se aos direitos, interesses legalmente protegidos e interesses da contraparte - como fundamento para a resolução do contrato, sempre que aquela torne inexigível a manutenção do mesmo: «*Rücktritt wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2. Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist*».

⁸⁷¹ A questão da quebra da confiança como fundamento para a resolução do contrato será analisada adiante no capítulo V, §3.3, 1.2, (b).

CAPÍTULO V

A MANUTENÇÃO DO CONTRATO

LIMITES DO DIREITO A CUMPRIR E DO DIREITO AO CUMPRIMENTO

§1. NOTA INTRODUTÓRIA

§1.1. A ESSENCIALIDADE DO DIREITO À MANUTENÇÃO

Emitida a declaração de resolução sem que o declarante dispusesse do direito necessário à produção do efeito extintivo do contrato, pode a contraparte recorrer a qualquer uma das faculdades previstas na lei para reagir perante uma situação de incumprimento. De entre estas, encontramos, de um lado, a faculdade de pôr termo ao contrato, resolvendo-o, e, do outro, a faculdade de manter o contrato⁸⁷². Tal resulta, designadamente, de forma implícita, do disposto no n.º 2 do artigo 801.º do CC quando reconhece a *faculdade* de o credor, perante o incumprimento culposo do contrato, proceder à respectiva resolução.

A literatura de Direito das Obrigações tende, na parte dedicada aos efeitos do incumprimento, a centrar a análise naquela faculdade de o credor pôr fim ao contrato, em detrimento do estudo do direito a manter o contrato⁸⁷³. Ora, esta é, parece-nos, uma faculdade essencial. E isto por diferentes razões.

Por um lado, reitere-se, não é desejável que a resolução ilícita possa pôr em causa a estabilidade do contrato, seja em resultado de um imperativo de

⁸⁷² Assim FARNSWORTH quando afirma que na sequência de um incumprimento «[y]ou can choose to insist on performance. Or you can instead terminate the contract and claim damages» (*Changing Your Mind*, Yale University Press, 1998, p. 182). Também neste sentido, no Direito alemão, BECKMANN, Von Heiner, «*Rechtswirkungen...cit.*», p. 953. Veja-se ainda HUBER quando afirma que «[d]er Schuldner ist berechtigt, trotz der Erfüllungsverweigerung des Schuldners am Anspruch auf Erfüllung estzuhalten», chamando a atenção para o facto de o devedor não poder limitar o credor, através da sua recusa de cumprimento ilícita, à opção entre um direito a ser indemnizado ou a resolver o contrato (*Leistungsstörungen...cit.*, vol. II, p. 625).

⁸⁷³ Neste sentido, FURMSTON, M.P., «The Case of the Insistent Performer», *Modern Law Review*, vol. 25, p. 364.

protecção do credor, sujeito à resolução, seja em resultado de imperativos de justiça ou ainda de natureza socioeconómica. A doutrina e jurisprudência inglesas são particularmente expressivas na manifestação desta ideia, através da afirmação recorrente, a propósito da *repudiation*, de que «[t]he victim of a repudiation is not obliged to accept it. He may ignore it and “keep the contract alive” (...), and for most purposes the contract is treated as if the repudiation had not taken place»⁸⁷⁴. Trata-se aqui de assegurar que o devedor não possa, por meio de um comportamento ilícito, decidir do destino do contrato.

Por outro lado, a protecção conferida por meio do reconhecimento de um direito a uma indemnização pecuniária por incumprimento poderá, em alguns casos, revelar-se insatisfatória para o credor⁸⁷⁵. Tal sucederá, designadamente, quando o credor tenha um interesse em cumprir, para além do interesse na contraprestação.

Tratar-se-á, por exemplo, de casos em que a realização da prestação devida é susceptível de aumentar a reputação do prestador. Veja-se o caso do pintor desconhecido que aceita fazer um quadro de um célebre monumento, por um preço inferior ao de mercado, na convicção de que a exposição pública da obra beneficie a sua reputação enquanto artista plástico. O pintor celebra o contrato não tendo em vista apenas o preço, mas a realização da prestação acordada em si mesma considerada.

Em casos como este, em que o devedor tem um *interesse* na realização da prestação – para além da contraprestação – haverá ainda, em todo o caso, que esclarecer se este é merecedor de tutela jurídica. Tal dependerá sempre da análise do caso em concreto e, em particular, da interpretação do contrato. De facto, apenas quando ambas as partes tenham reconhecido aquele interesse como relevante no momento da celebração do contrato, parece-nos, deverá ser este ser ponderado no âmbito do juízo de manutenção do mesmo.

⁸⁷⁴ BEALE, H., *Remedies...cit.*, p. 72 e 73.

⁸⁷⁵ No mesmo sentido, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1676, nota de rodapé 4861.

A manutenção do contrato como meio de protecção do credor, em particular perante uma resolução infundada, não é aliás uma proposta recente. De facto, já SALEILLES, a propósito das sanções aplicáveis em caso de abuso de direito, afirma que a indemnização não constitui um meio *suficiente* de protecção do credor⁸⁷⁶. Também a jurisprudência recente tem revelado alguma preferência pela protecção da vítima da cessação ilícita do contrato, por meio da respectiva manutenção, em detrimento de uma sanção meramente ressarcitória⁸⁷⁷.

§1.2. A TENSÃO ENTRE ESTABILIDADE E LIBERDADE NA DELIMITAÇÃO DO DIREITO À MANUTENÇÃO

O direito à manutenção do contrato e o direito de desvinculação encontram-se em dois pólos opostos do Direito dos Contratos que opõem, *lato sensu*, *segurança e estabilidade*, de um lado, e *liberdade*, de outro.

A *segurança jurídica*⁸⁷⁸ encontra expressão no princípio *pacta sunt servanda* que encerra numa fórmula única o carácter vinculativo do contrato^{879/880} e tem

⁸⁷⁶ «De l'abus de droit. Rapport présenté à la première Sous-Commission de la Commission de révision du Code civil», *Extrait du Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1905, p. 26 e ss.

⁸⁷⁷ Veja-se a título de exemplo – embora a propósito do exercício irregular, pela seguradora, de um direito de denúncia no âmbito de um contrato de seguro – a decisão da primeira *Chambre Civile* da *Cour de Cassation*, de 7 de Março de 1989, de provimento ao pedido do segurado de manutenção do contrato (disponível em www.legifrance.gouv.fr). Ainda sobre esta tendência jurisprudencial, veja-se KULLMANN, Jérôme, «La sanction d'une résiliation licite», *Revue Générale du Droit des Assurances*, n.º 4, Outubro de 2000, p. 975 e ss.

⁸⁷⁸ CARBONNIER, chamando a atenção para o carácter fundamental da segurança jurídica, refere-se-lhe como um «*besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal*» (*Flexible Droit – Pour une Sociologie du Droit Sans Rigueur*, 7.ª ed., L.G.D.J., 1992, p. 172).

⁸⁷⁹ A doutrina tende a subdividir o princípio *pacta sunt servanda* em três outros (veja-se, na doutrina portuguesa, por todos, COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito...cit.*, p. 312 e ss.), o princípio da pontualidade, que impõe um cumprimento conforme ao estipulado pelas partes (veja-se TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito...cit.*, p. 221 e 222 e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito...cit.*, vol II, p. 146), o princípio da irrevocabilidade, nos termos do qual o contrato apenas pode ser extinto por acordo das partes e, finalmente, o princípio da intangibilidade do seu conteúdo, que determina a imutabilidade das convenções contratuais. Por sua vez, estes dois últimos fundem-se num único, o princípio da estabilidade do contrato. GALVÃO TELLES distingue assim apenas dois corolários do princípio da força obrigatória do contrato, o princípio do cumprimento

hoje consagração expressa nas principais codificações civis romano-germânicas, designadamente no artigo 1134.º do Código Civil francês⁸⁸¹, no n.º 1 do artigo 1372.º do Código Civil italiano⁸⁸² e no artigo 1091.º do Código Civil espanhol⁸⁸³, sendo pois aceite de forma incontestada como elemento central e fundamental do Direito dos Contratos⁸⁸⁴.

O mesmo se poderá dizer da necessidade de lhe reconhecer limites^{885/886}. Esta é uma consequência necessária da tutela pela ordem jurídica de outros valores, designadamente valores ligados a preocupações de justiça, de manutenção do equilíbrio contratual inicialmente acordado pelas partes e de preservação da respectiva liberdade. Existem assim um conjunto de mecanismos, verdadeiras *válvulas de escape* à rigidez do princípio da força

pontual e o princípio da estabilidade, nos termos do qual o contrato «(...) *não pode modificar-se ou extinguir-se senão por novo acordo nesse sentido, salvo quando a lei estabeleça outra coisa*» (Direito...cit., p. 82).

⁸⁸⁰ Para uma análise da expressão e respectivas origens, veja-se HYLAND, Richard, «Pacta Sunt Servanda: a Meditation», *Virginia Journal of International Law*, n.º 34, 1994, p. 405 a 433. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, veja-se, na ordem jurídica portuguesa, MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 10 e ss.

⁸⁸¹ Dispõe o artigo 1134 que «[l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise».

⁸⁸² Dispõe o n.º 1 do artigo 1372 que «[i]l contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge».

⁸⁸³ Dispõe o artigo 1091 que «[l]as obligaciones que nacen de los contratos tienen fuera de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

⁸⁸⁴ Note-se que a ideia do direito à manutenção do contrato como manifestação do princípio *pacta sunt servanda* não se encontra isenta de críticas. LAITHIER, por exemplo, entende que tal associação não é lógica, resultando antes de uma confusão. O imperativo da preservação do vínculo contratual resulta, essencialmente, da percepção da execução em natureza das obrigações contratuais como uma manifestação do princípio *pacta sunt servanda*. Ora, segundo LAITHIER esta percepção assenta num erro, já que a força obrigatória do contrato apenas significa que o devedor se encontra vinculado ao credor sob a sanção do Direito e não que, em caso de incumprimento, se mantém obrigado a cumprir o contrato (*Étude...cit.*, p. 499 e 31 e ss.).

⁸⁸⁵ De facto, já em Cícero, a quem é usualmente reconduzida a origem da expressão *pacta sunt servanda*, que terá sido retirada da questão por este colocada, «*pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo (ut praetores solent) facta sint?*» (*De officiis*, livro III, Edições 70, 2000 (reimp.), p. 92), encontramos expressa a necessidade de limitação deste princípio. Um exemplo frequentemente citado para ilustrar a cláusula *rebus sic standibus* - a espada que não tem que ser restituída ao depositário se este enlouqueceu - é, com efeito, retirado do *De officiis*.

⁸⁸⁶ Veja-se, quanto aos limites da autonomia privada em geral, entre outros, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema...cit.*, p. 234 e ss.

obrigatória do contrato⁸⁸⁷, produto de construções da doutrina e da jurisprudência, em resposta a casos concretos, designadamente situações de crise, guerra, entre outros, tendo alguns vindo a encontrar posteriormente consagração legal. O exemplo mais emblemático será o do instituto da alteração das circunstâncias⁸⁸⁸ que, por exemplo, na ordem jurídica alemã, apenas em 2002 veio a ser consagrado no §313 do BGB⁸⁸⁹.

Nesta linha, o direito à manutenção do contrato encontrar-se-á sempre limitado pela ponderação de outros interesses igualmente tutelados pela ordem jurídica nacional. Os contornos deste direito deverão pois ser definidos, caso a caso, na relação com os demais interesses presentes, reconhecidos e tutelados pelo Direito.

O interesse de protecção da liberdade de desvinculação é um deles. Este deverá ser valorizado de forma a evitar que uma *excessiva* preocupação com a

⁸⁸⁷ A cláusula *rebus sic standibus*, nos termos da qual o contrato apenas vincula as partes enquanto as coisas se mantiverem no mesmo estado em que se encontravam à data da respectiva celebração, e que se encontra na base do instituto da alteração das circunstâncias, constitui um exemplo de um importante limite ao princípio da força obrigatória do contrato.

⁸⁸⁸ Referindo o instituto da alteração das circunstâncias como caso em que se admite a quebra do vínculo por perda do equilíbrio contratual, estabelecendo assim um desvio ao princípio da estabilidade contratual, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da cessação... cit.*, p. 77 e s.

⁸⁸⁹ No contexto da discussão dos limites ao princípio *pacta sunt servanda*, alguma doutrina alerta para uma *crise do contrato*, entendida enquanto crise da teoria clássica da declaração de vontade e da prevalência de elementos subjectivos como sustentáculo suficiente do vínculo jurídico. Assim, MAZEAUD relembra que, enquanto produto da filosofia liberal, a teoria dos contratos assentava numa concepção utópica de liberdade e igualdade absoluta das partes que, no exercício da sua autonomia, escolhiam livremente obrigar-se («Constats sur le contrat, sa vie, son droit», *Petites Affiches*, n.º 54, Maio de 1998, p. 11). Esta ideia do contrato não sobreviveu todavia à História e, em especial, ao evoluir das relações de mercado. O princípio *pacta sunt servanda* foi vítima de um crescente número de *ataques* que se agudizaram no século XX, designadamente após a Primeira Grande Guerra e, posteriormente, com a crise de 1929. Estes atentados à força obrigatória do contrato, realizados essencialmente com base em ideias de justiça, equidade, equilíbrio contratual, ordem pública, livre concorrência, surgem seja através da intervenção do poder judicial, designadamente pela capacidade de ajustar o conteúdo dos contratos – veja-se o poder de redução da cláusula penal, previsto no artigo 812.º do CC –, seja através da própria lei. Como refere MAZEAUD, «(...) le contrat n'est plus conçu comme la chose des parties. De plus en plus, que ce soit au stade de sa conclusion ou de son exécution, il se présente comme un ménage à trois...voire plus si nécessité...» («Constats...cit.», p. 8). É neste contexto que alguma doutrina – minoritária – se refere a uma *crise do contrato*. Veja-se, quanto a esta temática, BATTIFOL, H., «La crise du contrat et sa portée», *Archives de philosophie du droit. Sur les notions de contrat*, vol. I, Dalloz, 1968, p. 13 a 30.

protecção do vínculo suprima a autonomia contratual das partes⁸⁹⁰. Também as expectativas legítimas das partes e o equilíbrio construído por estas aquando da celebração do contrato deverão ser ponderados. Finalmente, a necessidade de eliminar do comércio jurídico *contratos sem vida*, permitindo abrir espaço para outras relações, porventura mais eficientes, poderá, entre outros, vir a restringir o exercício daquela faculdade.

Em resultado da ponderação destes e de outros interesses, haverá casos em que a manutenção do contrato não deve ser admitida, eliminando-se, no fundo, o direito do credor à manutenção do vínculo. Veja-se, a título de exemplo, a decisão da *Cour de Cassation*, de 22 de Fevereiro de 1968, que considerou abusivo o exercício do direito do credor à manutenção do contrato ilicitamente resolvido. O caso dizia respeito a um pedido do arrendatário de extinção de um contrato de arrendamento, antes do prazo, com fundamento na transferência do respectivo posto de trabalho pelo empregador. O senhorio contrapôs a este um pedido de cumprimento do contrato até ao seu termo, isto é, o pagamento pelo arrendatário das rendas vincendas, tendo este sido acolhido pela *Cour d'appel*. A decisão foi todavia posteriormente contrariada pela *Cour de Cassation* com fundamento no facto de aquele tribunal não ter apreciado a *legitimidade* do exercício do direito do senhorio ao cumprimento do contrato^{891/892}.

Apreciar da admissibilidade do exercício do direito à manutenção ou do direito à desvinculação, ainda que por meio de uma actuação ilícita, significa assim encontrar um equilíbrio neste jogo de interesses que permita «(...) *débarrasser le circuit économique des mécanismes morts et favoriser la survie de ceux*

⁸⁹⁰ Neste sentido, MARAIS, Astrid, «Le maintien...*cit.*, p. 7.

⁸⁹¹ Na decisão original: «(...) *en statuant ainsi, sans rechercher si l'exercice de son droit (...) reposait sur des motifs légitimes ou si son refus de mettre fin au bail lui avait été, au contraire, dicté par le désir de nuire à son cocontractant, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*» (decisão da terceira *Chambre Civile* da *Cour de Cassation* de 22 de Fevereiro de 1968, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>).

⁸⁹² Reportando alguns exemplos de decisões jurisprudenciais em que o direito à manutenção não é reconhecido, veja-se VANWIJCK-ALEXANDRE, M., *Aspects...cit.*, p. 300 e 301.

qui peuvent encore jouer leur rôle, sans pour autant faire la part trop belle au débiteur, ni causer une gêne excessive au créancier déjà victime des attermoissements de son partenaire»⁸⁹³.

A questão central que aqui pretendemos analisar prende-se pois com os *limites* deste direito do credor à manutenção. Interessa-nos aqui, em particular, determinar quando é que aquele deve ceder em nome de preocupações relacionadas, designadamente, com a protecção da liberdade e a preservação do equilíbrio contratual.

Na apreciação desta questão, será necessário ter presente que o sistema jurídico, para além de aberto, é móvel, na medida em que não existe uma hierarquia intra-sistemática de todas as normas que o compõem. Estas são, em regra, intermutáveis, sendo apenas possível estabelecer a prevalência de uma sobre a outra em função do caso *concreto*, mas não em abstracto. Importa ainda ter em mente que a mobilidade não é total, existindo algumas áreas do sistema mais rígidas, compostas por axiomas, como por exemplo o princípio da igualdade perante a lei, e normas que não admitem redução. Para além destas a rigidez pode igualmente surgir, em concreto, em resultado da autoridade que determinado vector possa assumir em consequência da hierarquia das fontes.

§1.3. SEQUÊNCIA

A delimitação do direito à manutenção pressupõe logicamente o esclarecimento prévio do que se entende por «direito ao cumprimento» e por «direito a cumprir», pelo que este será o nosso ponto de partida. Em seguida, centrar-nos-emos no estudo dos limites ao exercício da faculdade de manutenção do vínculo em algumas ordens jurídicas da família romano-germânica, tais como a alemã e a italiana, prosseguindo com uma incursão nos Direitos norte-americano e inglês.

⁸⁹³ PAN CRAZI-TIAN, M. E., *La protection...cit.*, p. 269.

A análise destas ordens e de alguns casos específicos de limitação ao direito à manutenção, espera-se, contribuirá para uma leitura mais completa do Direito nacional e, a final, para a definição de um critério operativo que nos permita traçar de forma mais clara os contornos daquela faculdade, em particular, no quadro da hipótese que aqui nos ocupa, i.e, do credor que, perante a declaração de resolução infundada da contraparte, pretende manter o contrato.

§2. DIREITO AO CUMPRIMENTO E DIREITO A CUMPRIR

§2.1. O DIREITO AO CUMPRIMENTO

1. A evidência do direito

O «direito ao cumprimento» não é enunciado de forma genérica no Código Civil, surgindo apenas pontualmente, por exemplo, a propósito da impossibilidade parcial no n.º 1 do artigo 802.⁸⁹⁴ Tal ausência é frequentemente explicada pela evidência deste direito que tornaria a sua afirmação supérflua.

Este carácter evidente, por sua vez, resulta da percepção do cumprimento como o «fim para o qual tende a obrigação», a sua causa de extinção *natural*.

Trata-se, com efeito, de uma afirmação aceite pela maioria da doutrina, ainda que uma minoria restrinja a sua validade ao universo dos contratos de execução instantânea. Para alguns, os contratos de execução duradoura não se extinguiriam pelo cumprimento, mas por efeito do decurso do tempo⁸⁹⁵. Este seria aliás, designadamente segundo VON GIERKE, o traço distintivo entre estas duas categorias de relações.

⁸⁹⁴ Outras disposições referem, em casos específicos, o direito do credor ao cumprimento, assim, por exemplo, o n.º 2 do artigo 444.º e o artigo 535º.

⁸⁹⁵ Assim, PESSOA JORGE afirma que «o cumprimento das obrigações permanentes não afecta a subsistência do vínculo» (*Lições...cit.*, p. 380 e s.).

Trata-se todavia de uma corrente minoritária, rejeitada pela maioria esmagadora da doutrina⁸⁹⁶. De facto, também nas execuções duradouras o devedor apenas se liberta cumprindo, realizando a prestação a que se encontrava obrigado pela duração integral da relação⁸⁹⁷. A particularidade, nestes casos, é de que o cumprimento se prolonga no tempo, ocorrendo por isso a extinção de forma progressiva⁸⁹⁸.

No caso dos contratos de execução duradoura com obrigações periódicas, como por exemplo o contrato de locação, podem-se distinguir diferentes obrigações em que se decompõem as obrigações de carácter duradouro. Assim, num contrato de arrendamento pode-se distinguir, por cada mês, uma obrigação de pagamento da renda. À medida que cada uma destas obrigações se vai cumprindo (por exemplo, o pagamento mensal da renda), os vínculos *menores* – compostos pelo par obrigação de pagamento mensal de renda-direito ao pagamento mensal – vão-se extinguindo. Já o vínculo *global* – direito ao pagamento pela totalidade do prazo da locação – apenas se extingue no momento do pagamento da última renda devida. No caso dos contratos de execução duradoura com obrigações continuadas, como por exemplo, o contrato de depósito, a obrigação extingue-se decorrido o prazo do contrato, com o respectivo cumprimento⁸⁹⁹.

Ora, se a existência de um «direito do credor ao cumprimento» é indiscutível, já o respectivo conteúdo não o será.

2. Os diferentes «direitos ao cumprimento»

Como chama a atenção ANA PRATA, a referência ao «*direito a pedir o cumprimento*» pode ser lida de forma dupla, seja como direito do credor a obter

⁸⁹⁶ Neste sentido, DEVOTO, L., *L'obbligazione a esecuzione continuata*, CEDAM, 1943, p. 34 e s.

⁸⁹⁷ KRETSCHMAR, «Beiträge zur Erfüllungslehre», *Jherings Jahrbücher*, 1935, p. 242 e ss., *apud* DEVOTO, L., *L'obbligazione a esecuzione continuata*, CEDAM, 1943, p. 35.

⁸⁹⁸ DEVOTO, L., *L'obbligazione...cit.*, p. 284.

⁸⁹⁹ Veja-se, neste sentido, SÁ, F.A. Cunha de, «Direito ao cumprimento e direito a cumprir», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XX, 1997, n.ºs 2, 3 e 4, p. 150 e s.

a condenação do devedor no cumprimento, seja como direito do credor à realização coactiva da prestação em causa⁹⁰⁰. Segundo a acepção em que seja entendido tem o direito um conteúdo substancialmente diferente.

O Código Civil define o cumprimento, nos artigos 762.º e ss., como a realização pontual da prestação pelo devedor ao credor. Este é, como veremos, o sentido *estrito* do termo⁹⁰¹.

De facto, rapidamente nos apercebemos que o cumprimento pode ser realizado de outras formas. Em sentido amplo, o cumprimento será assim realização da prestação, ainda que, por exemplo, não o seja pelo devedor, nem de forma voluntária⁹⁰².

Com efeito, nos termos do artigo 767.º, a prestação pode, em regra, ser realizada por um terceiro. Apenas não o poderá quando tal tiver sido acordado expressamente pelas partes – caso em que a prestação por terceiro não consubstancia *cumprimento* do estipulado – ou quando a substituição prejudique o credor. Poderá ainda a prestação ser, nos termos do artigo 771.º, realizada a terceiro que não o credor. Por outro lado, a execução da prestação não necessita de ser voluntária, podendo ser obtida de forma coerciva, nos termos dos artigos 817.º e ss. Nesta concepção *ampla* de cumprimento, prescinde-se do seu carácter voluntário, sendo o crédito realizado também por meio da execução específica⁹⁰³. Finalmente, poderá ainda ser considerado cumprimento a consignação em depósito⁹⁰⁴.

⁹⁰⁰ PRATA, Ana, *Cláusulas...cit.*, p. 505.

⁹⁰¹ Veja-se, neste sentido, SÁ, F.A. Cunha de, «Direito... *cit.*», p. 150 e s. e p. 152.

⁹⁰² Veja-se, neste sentido, SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 153.

⁹⁰³ Veja-se, neste sentido, SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 164.

⁹⁰⁴ Veja-se, neste sentido, SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 168. Veja-se, ainda, MOREIRA, Guilherme, *Instituições do Direito Civil Português, II, Das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1925, p. 225.

Em síntese, o cumprimento, entendido em sentido *amplo*, engloba todas as hipóteses de realização da prestação, independentemente dos sujeitos, activo e passivo, bem como do respectivo carácter voluntário ou forçado^{905/906}.

No presente estudo abordaremos o direito ao cumprimento nas suas duas acepções essenciais, isto é, como direito a recorrer à acção de cumprimento, por um lado e, por outro, como direito a recorrer à execução coactiva da prestação, isto é, aos instrumentos previstos nos artigos 817.º e ss. e 827.º e ss. do CC. O termo *cumprimento* será portanto aqui utilizado em sentido *amplo*, enquanto realização (voluntária ou forçada) do interesse do credor.

§2.2. O DIREITO A CUMPRIR

O direito à manutenção do contrato encerra, consoante a perspectiva, tanto o direito do credor à satisfação do seu crédito, a que nos referimos por «direito ao cumprimento» e que abordámos no ponto anterior, como o «direito a cumprir» do devedor, de que nos ocuparemos em seguida. De facto, a manutenção do contrato pode significar tanto o cumprimento da prestação devida pela parte que declarou a resolução de forma infundada, como daquela a quem a declaração foi dirigida ou, ainda, de ambas. Interessa-nos aqui desenvolver, em especial, a análise da hipótese em que a parte «inocente» pretende exercer o seu direito à manutenção do contrato por ter interesse em cumprir a prestação a que se encontra obrigada.

⁹⁰⁵ Veja-se, neste sentido, SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 171.

⁹⁰⁶ Note-se que a adopção de um conceito amplo de cumprimento é criticada por alguma doutrina, designadamente PESSOA JORGE, que entende que as figuras do cumprimento, da consignação em depósito e da execução específica se devem manter autónomas. Segundo o Autor, é da confusão entre o cumprimento (em sentido próprio) e o direito à consignação, resultante da adopção de um conceito amplo de cumprimento em que esta última é incluída, que resulta o reconhecimento – recusado pelo Autor – de um direito do devedor a cumprir (*Lições ...cit.*, p. 369 e 425 e ss. quanto à execução específica). ANTUNES VARELA, por outro lado, prefere reservar o termo cumprimento para «a realização voluntária da prestação debitória» (*Das Obrigações ...cit.*, II, p. 7).

A questão, que aqui se coloca e que tem sido debatida por alguma doutrina, consiste em determinar, por um lado, se existe um direito do devedor a cumprir e, por outro, se se pode falar de um *dever* de o credor colaborar no cumprimento.

1. Estado da arte

1.1. A recusa de um direito a cumprir e de um dever de colaborar

Ao contrário do que sucede no Direito inglês⁹⁰⁷, a doutrina nacional tende a negar a existência de um direito a cumprir⁹⁰⁸. E isto por diferentes razões.

Desde logo, por não se admitir a existência de um *dever* – correspondente – de colaboração do credor no cumprimento. A colaboração é entendida, neste quadro, como um ónus, com fundamento no facto de as consequências da sua não adopção se circunscreverem à não obtenção de uma vantagem pelo credor, designadamente a não satisfação do seu interesse.

Nesta linha, argumenta-se que, não reconhecendo a lei ao devedor a faculdade de requerer a execução coerciva do direito de colaboração, não se poderia, também por esta razão, falar de um direito subjectivo ao cumprimento⁹⁰⁹. De facto, muito embora esta doutrina reconheça um interesse do devedor em exonerar-se da prestação, defende que o *interesse fundamental* em causa é o do credor, não tendo por esta razão o devedor recebido «(...) *da lei uma tutela que se traduzisse na atribuição de um verdadeiro direito subjectivo*»⁹¹⁰. Este é tutelado por outros direitos de natureza instrumental, como por exemplo a faculdade de se exonerar consignando em depósito a prestação devida.

⁹⁰⁷ Relembre-se *White&Carter (Councils) v. McGregor*, *supra*, capítulo II, §1.4, 4.2, (b).

⁹⁰⁸ Neste sentido, JORGE, Fernando Pessoa, *Lições...cit.*, p. 367 e ss.

⁹⁰⁹ JORGE, Fernando Pessoa, *Lições...cit.*, p. 368.

⁹¹⁰ JORGE, Fernando Pessoa, *Lições...cit.*, p. 367.

Finalmente, se existisse um dever de colaboração, em bom rigor não se poderia falar de *mora do credor*. Seria sempre simultaneamente *mora debitoris*, pelo facto de haver atraso no cumprimento do dever de colaboração. Ora, o regime da mora, em especial quanto aos efeitos, diverge substancialmente consoante esta seja resulte de facto do credor ou do devedor. Conceber a mora do credor simultaneamente como *mora debitoris* subverteria este modelo de responsabilidade. Apenas excepcionalmente, admite PESSOA JORGE, poderá o dever de colaboração existir, por força dos usos ou costumes ou ainda, por convenção das partes⁹¹¹, caso em que a recusa de colaborar constituirá o credor, simultaneamente, em *mora accipiendi e solvendi*⁹¹².

Em síntese, de acordo com esta orientação, recusando o credor colaborar na realização da prestação, quando esta seja indispensável e o recurso à consignação em depósito impossível, o devedor permaneceria vinculado à obrigação assumida, enquanto não ocorresse a prescrição do crédito⁹¹³.

1.2. O reconhecimento de um direito a cumprir e de um dever de colaborar

Apenas uma corrente minoritária reconhece um dever de o credor colaborar no cumprimento e um direito de o devedor cumprir.

A situação jurídica do devedor deve, de acordo com esta corrente, ser abordada à luz da respectiva complexidade. É esta que permite a coexistência de um dever e de um direito sobre a mesma realidade, à semelhança do que sucede, por exemplo, no caso dos pais quanto à responsabilidade parental: esta manifesta-se como um direito de guardar e reger os filhos e, simultaneamente, como um dever, a que aqueles se encontram obrigados. Do mesmo modo, a realização da prestação consubstancia um dever a que o devedor se encontra

⁹¹¹ Neste sentido, TELLES, Inocência, Galvão, *Direito...cit.*, p. 314 e s.

⁹¹² JORGE, Fernando Pessoa, *Lições...cit.*, p. 368.

⁹¹³ JORGE, Fernando Pessoa, *Lições...cit.*, p. 370.

sujeito, como instrumento de satisfação do interesse do credor, e, simultaneamente, um direito do devedor, enquanto meio de liberação e de extinção do débito⁹¹⁴.

O credor, por seu lado, encontrar-se-ia sujeito a um dever de colaborar no cumprimento da obrigação, decorrente do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações⁹¹⁵. De acordo com CUNHA DE SÁ, este dever assegura ao devedor o direito a exonerar-se da sua prestação, seja através do cumprimento, seja, quando o credor não colabore, por outro meio.

O Autor salvaguarda que a admissão da existência de um direito a cumprir e de um dever de cooperar não significa que se configure estes, respectivamente, como um direito de crédito e uma obrigação. O direito a cumprir inscreve-se na «*realização programática do crédito em cujo procedimento (ou processo) se integra*» e o dever de cooperar, por sua vez, faz parte «*da organização em que se molda o vínculo obrigacional e a cujo serviço está*»⁹¹⁶. O direito a cumprir é um elemento da obrigação, entendida enquanto estrutura complexa e não mera relação débito-crédito.

1.2.1 Em especial, o dever de colaboração no cumprimento

(a) A questão da qualificação da colaboração no cumprimento

Ónus, dever?

O primeiro obstáculo ao reconhecimento de um direito a cumprir reside na recondução da colaboração do credor no cumprimento à figura do ónus, em detrimento do dever, na medida em que ao ónus na esfera do credor não pode corresponder um direito na esfera do devedor⁹¹⁷.

⁹¹⁴ SÁ, F.A. Cunha de, «Direito... *cit.*, p. 150 e s. e p. 189.

⁹¹⁵ SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 213 e ss.

⁹¹⁶ SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 216.

⁹¹⁷ SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 205.

MANUEL DE ANDRADE ensinava estar-se perante um dever «(...) *quando a ordem jurídica formula um comando para cuja inobservância estatui uma sanção (inflicção dum mal; imposição duma desvantagem) (...)*», procedendo desta forma «(...) *tendo em vista tutelar um interesse alheio ao do sujeito do dever (aspecto substancial ou fundamental do conceito)*»⁹¹⁸. O Autor ressaltava, todavia, «(...) *não esta[r] excluído que possa falar-se em dever jurídico quando a lei não comina qualquer sanção para a inobservância de certo comportamento, mas trata a sua observância tal como se cominasse, no caso, alguma sanção*»⁹¹⁹.

De acordo com esta concepção do «dever», seria central à caracterização de uma situação jurídica de sujeição como tal, a tutela de um interesse – exterior ao titular – e, adicionalmente, a atribuição, pela ordem jurídica de um *desvalor* à respectiva violação, ainda que este não se traduzisse necessariamente na aplicação de uma sanção, sob a forma, por exemplo, de uma obrigação de indemnizar.

O ónus, por seu lado, consistiria «(...) *na necessidade de praticar determinado acto para conseguir uma vantagem jurídica*», estando em causa apenas o interesse do próprio titular. Donde, «(...) *a inobservância da conduta em causa não prejudica a outra parte (mais genericamente, os interesses tutelados pela respectiva norma) (...)*»⁹²⁰. O comportamento em causa é insusceptível de coerção.

Partindo da premissa de que a prossecução exclusiva de interesses próprios é um elemento central caracterizador do ónus e acrescentando-lhe o facto de, no cumprimento, para além do interesse do credor, existir um outro, alheio, o interesse do devedor em exonerar-se da prestação, conclui CUNHA DE SÁ não ser possível afirmar-se que nos encontrarmos perante um ónus.

Segundo esta linha doutrinária, ao decidir colaborar ou não, o credor afecta não só o seu próprio interesse, mas também o do devedor⁹²¹. A presença

⁹¹⁸ *Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., com a colaboração de Rui de Alarcão, Petrony, 1966, p. 2.

⁹¹⁹ ANDRADE, Manuel de, *Teoria...cit.*, p. 2, nota de rodapé n.º 1.

⁹²⁰ ANDRADE, Manuel de, *Teoria...cit.*, p. 4, e nota de rodapé n.º 1.

⁹²¹ SÁ, F.A. Cunha de, «Direito...cit.», p. 150 e s. e p. 205 e s.

deste outro interesse, afectado pela decisão de o credor colaborar ou não, tem ainda como consequência a relevância jurídica do comportamento do credor e a respectiva qualificação como ilícito, quando impeça, injustificadamente, a prossecução do interesse do devedor em exonerar-se da prestação. Acresce que, à semelhança do que sucede no incumprimento imputável ao devedor, também a recusa injustificada de colaborar é objecto de um juízo de reprovação pela ordem jurídica visível no regime da mora do credor, que se traduz, em ambos os casos, na aplicação de sanções.

A presença de um interesse alheio ao do credor, bem como o desvalor atribuído pela ordem jurídica à recusa injustificada de o credor colaborar no cumprimento, visível no regime da mora do credor, conduzem uma doutrina minoritária ao reconhecimento de um dever de o credor colaborar com o devedor na realização da prestação sempre que esta seja indispensável ao cumprimento da obrigação⁹²².

(b) A questão da livre disponibilidade do direito de crédito pelo credor

O segundo obstáculo, oposto ao reconhecimento de um dever de colaborar no cumprimento, assenta na *disponibilidade* do direito de crédito, característica que permitiria ao credor optar livremente pelo não exercício do mesmo.

Ora, ainda que assim seja, o direito de crédito, como qualquer direito subjectivo, encontra o seu exercício limitado, por força do artigo 762.º, n.º 2, pelo princípio da boa fé. Donde, a licitude do seu exercício (ou não exercício) dependerá sempre da respectiva apreciação à luz da boa fé, não podendo portanto, sem mais e em geral, entender-se que a recusa de colaborar no cumprimento constitui um exercício *legítimo* do direito de crédito.

⁹²² Neste sentido, SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 206.

Parte da doutrina tem aliás vindo a sustentar que a recusa de colaborar constitui, pelo menos, a violação, pelo credor, de um dever resultante da boa fé⁹²³. Assim, CUNHA DE SÁ defende que a cláusula da boa fé no exercício do direito de crédito impõe ao respectivo titular o dever de não obstar à exoneração do devedor⁹²⁴. Ao não colaborar, o credor não procede com a correcção devida, nem tem em consideração o interesse do devedor, violando assim o dever que lhe impõe o artigo 762.º, n.º 2.

MANUEL DE ANDRADE, ainda na vigência do Código de 1867, embora não deixando clara a sua posição quanto à existência de um dever de o credor colaborar no cumprimento e de um direito do devedor a cumprir⁹²⁵, admite o reconhecimento de um «(...) *dever geral de indemnização [do credor] dos danos sofridos pelo devedor em razão da mora, desde que haja culpa do credor na falta de cooperação necessária para o cumprimento*»⁹²⁶.

MENEZES CORDEIRO, numa linha mais próxima de CUNHA DE SÁ, reconhece um dever de o credor cooperar no cumprimento. Este dever resultaria do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações que «(...) *dita a necessidade jurídica, a todos intervenientes, com inclusão do credor, de uma correcta colaboração intersubjectiva, incompatível, naturalmente, quer com o agravamento da posição do devedor, quer com embaraços levantados à sua natural actividade jurídica*»⁹²⁷. A existência de um tal dever resulta ainda, segundo o Autor, de forma clara do desvalor jurídico associado ao comportamento do credor em mora, implícito nas sanções impostas pela lei nos artigos 814.º e ss. do CC.

⁹²³ SÁ, F.A. Cunha de, «Direito...cit.», p. 212 a 213.

⁹²⁴ *Ibid*, p. 150 e s., p. 213 e nota de rodapé n.º 77, p. 221 e s. Refere ainda o Autor chegar-se à mesma conclusão através do artigo 334.º: a não cooperação no cumprimento pode constituir um abuso de direito do credor.

⁹²⁵ O Autor parece deixar a questão em aberto quando pergunta, ainda a propósito da responsabilização do credor pelos prejuízos causados ao devedor em virtude da mora, «(...) *não será defensável, mesmo de lege lata, a responsabilização por todo o dano injusto causado a outrem com culpa ou dolo, independentemente de se mostrar infringida uma obrigação e violado o correspondente direito?*» (*Teoria...cit.*, p. 439).

⁹²⁶ *Teoria...cit.*, p. 439.

⁹²⁷ *Tratado...cit.*, II, IV, p. 131.

Finalmente, ainda no que se refere ao argumento da disponibilidade do direito de crédito e, dentro deste, ao paralelismo entre a não colaboração injustificada e a renúncia ao direito, há que salientar tratar-se de figuras substancialmente diversas, designadamente quanto aos efeitos. De facto, enquanto a remissão extingue a obrigação de cumprir (artigo 863.º)⁹²⁸, a recusa de colaboração não⁹²⁹.

(c) A questão da coercibilidade

Outro argumento avançado no sentido da inexistência de um dever de colaborar e de um direito de o devedor cumprir assenta na impossibilidade do devedor obter, por via judicial, a colaboração do credor no cumprimento.

Sucedem que a impossibilidade de execução forçada da prestação não é exclusiva do caso em análise. Os artigos 817.º e ss. prevêm, em termos gerais, aquela impossibilidade, reconhecendo ao credor, em alternativa à realização da prestação, o direito a executar o património do devedor. Não questionando a doutrina nestes casos a existência de um direito do credor ao cumprimento, também não o poderá fazer no caso da colaboração no cumprimento⁹³⁰.

Note-se ainda que a mesma doutrina que não reconhece um dever de colaborar com fundamento na incoercibilidade do mesmo admite a estipulação convencional de um dever de colaboração do credor no cumprimento e correspondente direito do devedor⁹³¹, apesar da impossibilidade de execução específica deste mesmo direito⁹³².

⁹²⁸ CUNHA DE SÁ chama ainda a atenção para a natureza contratual da remissão como argumento para a defesa da existência de um direito do devedor a cumprir (SÁ, F.A. Cunha de, «Direito...*cit.*», p. 215).

⁹²⁹ SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 214.

⁹³⁰ SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 209.

⁹³¹ Neste sentido, veja-se JORGE, Fernando Pessoa, *Lições...cit.*, p. 368.

⁹³² SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 211.

O argumento da incoercibilidade improcede ainda se ao dever de o credor colaborar no cumprimento se contrapuser o direito do devedor a exonerar-se por outras vias – por exemplo, pela consignação em depósito – e não apenas pelo cumprimento. De facto, perante uma recusa de colaboração do credor injustificada, a lei põe ao dispor do devedor formas alternativas de exoneração, equiparáveis ao direito de indemnização do credor em caso de impossibilidade de recurso à execução específica. Donde, se aqui não se põe em causa a existência de um dever, também ali não se deverá fazê-lo⁹³³.

(d) A questão da culpa na mora do credor

O motivo justificado

Outro argumento avançado contra o reconhecimento de um dever do credor colaborar no cumprimento prende-se com o regime da mora do credor.

A maioria da doutrina entende que a *ausência de motivo justificado* do artigo 813.º não deve ser interpretada como culpa⁹³⁴. De facto, apenas uma minoria defende, em sentido oposto, que «*a mora do credor implica uma actuação axiologicamente negativa*» de onde deve ser extraída a ideia de culpa que, aliás, se presume, por força do n.º 1 do artigo 799.⁹³⁵

A explicação para a *culpa* não constituir um requisito da mora do credor é frequentemente reconduzida à inexistência de um dever de colaborar no cumprimento e, bem assim, de ilicitude.

Em sentido contrário, CUNHA DE SÁ defende que o artigo 813.º prescinde da culpa do devedor, não por não se verificar a violação de um dever, mas porque os efeitos espoletados pela mora se justificam independentemente de o

⁹³³ SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 210.

⁹³⁴ VAZ SERRA afirmava no âmbito do anteprojecto do Código: «[a] *mora do credor não pressupõe a culpa deste, mas sim que o credor deixou, sem motivo legítimo objectivo, de prestar o acto de cooperação necessário para a prestação*» («Mora...*cit.*», p. 463). Neste sentido, veja-se ainda TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito ...cit.*, p. 314 e VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, II, p. 162.

⁹³⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado ...cit.*, II, IV, p. 132.

credor ter actuado de forma culposa. O elemento que justifica a falta de cooperação é um elemento objectivo, não a ausência de culpa. Os efeitos – inversão do risco e o direito a ser indemnizado pelas maiores despesas em que incorra em resultado do oferecimento infrutífero da prestação e da guarda e conservação do objecto da prestação – resultam de um princípio de não agravamento da prestação, nos termos do qual «o devedor não está sujeito ao agravamento da obrigação derivado de facto injustificado do credor»⁹³⁶.

CUNHA DE SÁ defende que não haverá *motivo justificado* sempre que a não aceitação da prestação ou a ausência da prática dos actos necessários ao cumprimento não resultem de impedimento *insuperável* e *inevitável* que recaia sobre o credor, nem do cumprimento oferecido não corresponder ao acordado⁹³⁷. É a ausência de uma causa justificativa e não a culpa do credor que determinariam, para o Autor, a aplicação do regime do artigo 813^o.

Assim, se o credor não colaborar porque está impedido por um caso de força maior ou fortuito, estaremos perante uma situação de impossibilidade não imputável ao devedor e não de *mora accipiendi*⁹³⁸. Defende ainda CUNHA DE SÁ que, quando o agravamento gerado pela mora injustificada seja de tal ordem que torne a prestação inexigível, se deve aplicar o regime da impossibilidade por facto não imputável ao devedor e não o artigo 813.^{939/940}

(e) A colaboração como valor normativo

A obrigação é um processo conducente à satisfação do interesse do credor, encontrando-se todos os seus elementos organizados em torno desta finalidade. Existem, não obstante, outros interesses presentes, designadamente do devedor,

⁹³⁶ SÁ, F.A. Cunha de, «Direito...*cit.*», p. 150 e s. e p. 219.

⁹³⁷ *Ibid*, p. 150 e s. e p. 247.

⁹³⁸ *Ibid*, p. 150 e s. e p. 246.

⁹³⁹ *Ibid*, p. 150 e s. e p. 246.

⁹⁴⁰ Veja-se ainda, quanto à expressão «*sem motivo justificado*», MACHADO, João Baptista, «Risco Contratual e Mora do Credor», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 316 e ss.

merecedores de tutela, sendo o interesse máximo o de se exonerar da sua obrigação.

De facto, apesar de o interesse preponderante ser, indiscutivelmente, o do credor, tal não significa que este possa actuar de forma arbitrária dentro do vínculo obrigacional. E isto porque «[s]e o credor, injustificadamente, não dá ao devedor a colaboração indispensável para que este cumpra, desequilibra o próprio processo em que a obrigação consiste, rebela-se contra a natureza íntima da obrigação e afasta a realização do seu fim»⁹⁴¹.

Ora, segundo CUNHA DE SÁ, a ordem jurídica valora, independentemente do interesse do credor no cumprimento, a *ideia de colaboração entre pessoas para o comércio jurídico-privado*. Pelo que, ao actuar, sem motivo justificado, de forma contrária ao cumprimento, o credor está a actuar em desconformidade com aquela ideia, da mesma forma que o devedor quando não cumpre. Deste ponto de vista, afirma o Autor, «o ordenamento jurídico encara a finalidade da obrigação como desligada do concreto interesse de cada credor, para atender apenas à necessidade abstracta de circulação de bens e serviços através da colaboração entre pessoas»⁹⁴². Ao recusar a colaboração, sem motivo justificado, o credor está a actuar em contrariedade com o Direito e, como tal, de forma ilícita. Da mesma forma, acrescenta, se deveria qualificar o comportamento do credor ainda que a colaboração no cumprimento constituísse tão-somente um ónus⁹⁴³.

1.2.2. Em especial, o direito a cumprir

Associada ao reconhecimento de um dever do credor colaborar no cumprimento, surge a questão de saber se o ordenamento jurídico nacional consagra um direito do devedor a cumprir ou, não o fazendo, não lhe é

⁹⁴¹ SÁ, F.A. Cunha de, «Direito...cit.», p. 150 e s. e p. 225.

⁹⁴² *Ibid*, p. 150 e s. e p. 226.

⁹⁴³ *Ibid*, p. 150 e s. e p. 227 e ss.

contrário. Interessam aqui, em especial, os casos em que o devedor, perante a mora do credor, não se consegue libertar da prestação devida recorrendo à consignação em depósito.

Segundo alguma doutrina, a ordem jurídica portuguesa não se mostraria contrária ao reconhecimento de um tal direito. Tal resultaria, entre outros, da presença na lei de uma preocupação em proteger o devedor do (eventual) arbítrio do credor visível, designadamente, no n.º 1 do artigo 777.º, *in fine*, nos termos do qual, «[n]a 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». A lei permite que, em caso de inércia do credor, o devedor se liberte da prestação, não o mantendo vinculado até à prescrição da dívida⁹⁴⁴.

CUNHA DE SÁ retira da análise desta e de outras disposições do Código Civil o reconhecimento, pela ordem jurídica nacional, de um direito do devedor a cumprir⁹⁴⁵. Esta é, segundo o Autor, a única forma de garantir ao devedor a tutela jurídica devida.

De facto, muito embora a doutrina, em geral, entenda que a mora do credor não deve agravar a posição do devedor, a verdade é que as soluções propostas para impedir tal agravamento não alcançam o fim visado⁹⁴⁶. Tal é visível, de forma particularmente clara, nos casos em que a consignação em depósito não é possível e em que ao devedor se exige que espere, indefinidamente, pela cooperação do credor para se libertar da sua obrigação.

⁹⁴⁴ CUNHA DE SÁ retira desta disposição o reconhecimento legal de um direito de o devedor libertar-se da obrigação a que se encontra vinculado, recusando uma interpretação restritiva da mesma, nos termos da qual apenas se atribuiria ao devedor o direito de fazer vencer a obrigação a todo o tempo («Direito...*cit.*, p. 236 e s). Defendendo uma interpretação *restritiva* desta disposição, PESSOA JORGE, referindo a falta de clareza da mesma, entende que esta se reporta apenas à fixação do vencimento da obrigação. Nos casos em que não tenha sido fixado prazo, tem o devedor a faculdade de requerer ao tribunal que o faça. Se o credor não colaborar no cumprimento mantém-se todavia, de acordo com esta leitura, o devedor vinculado à obrigação (*Lições...cit.*, p. 369 e s).

⁹⁴⁵ *Ibid*, p. 150 e s. e p. 243.

⁹⁴⁶ SÁ, F.A. Cunha de, *ibid*, p. 150 e s. e p. 243 e s.

Por outro lado, não parece existir fundamento para que o devedor nuns casos se possa libertar e noutros não. Prolonga-se assim a vinculação do devedor ilicitamente, pela mora do credor, obrigando-o a mais do que aquilo a que se comprometeu.

Se a solução proposta pela maioria da doutrina não satisfaz, não é igualmente desejável, segundo CUNHA DE SÁ, que a recusa do credor em colaborar no cumprimento de uma prestação não consignável gerasse automaticamente a exoneração do devedor da sua obrigação. E isto, porque tal redundaria numa protecção do interesse do devedor sem consideração pelos legítimos interesses do credor, i.e., numa tutela desequilibrada dos interesses presentes⁹⁴⁷. Esta solução não é igualmente consentânea com a ordem jurídica portuguesa, em especial se atentarmos aos artigos 814.º e 815.º do CC que regulam os efeitos da mora do credor, atenuando a responsabilidade do devedor, mas não o libertando automaticamente da obrigação a que se encontra vinculado, bem como ao artigo 841.º que prevê um meio alternativo de exoneração do devedor.

Procurando uma solução que permitisse a exoneração do devedor, conciliando, na medida do possível, os interesses do devedor e o do credor, CUNHA DE SÁ defende a aplicação analógica do artigo 808.º à mora do credor⁹⁴⁸. Assim, quando o credor recuse injustificadamente a colaboração no cumprimento, poderá o devedor fixar-lhe um prazo para que o faça, findo o qual a obrigação se terá por definitivamente impossibilitada, por facto não imputável ao devedor, extinguindo-se nos termos gerais. Tratando-se de um contrato sinalagmático aplicar-se-á o n.º 2 do artigo 795.º, não se extinguindo o direito do devedor à contraprestação, mas descontando-se na contraprestação o valor do benefício que o devedor obtenha. Se o credor tiver actuado de forma

⁹⁴⁷ *Ibid*, p. 150 e s. e p. 251 e s.

⁹⁴⁸ *Ibid*, p. 150 e s. e p. 253 e ss.

culposa, terá ainda o devedor direito a ser indemnizado nos termos gerais, por todos os danos que tenha sofrido⁹⁴⁹.

O direito do devedor a cumprir resolve-se assim em duas alternativas possíveis: de um lado, o direito à exoneração pela consignação em depósito e, de outro, a faculdade de interpelar o credor para colaborar no cumprimento, findo o qual a prestação se tem por definitivamente impossibilitada por causa imputável ao credor⁹⁵⁰.

A proposta de CUNHA DE SÁ recebeu o acolhimento – ainda que parcial – de alguma doutrina. Assim, MENEZES CORDEIRO, muito embora rejeitando a existência de um direito do devedor a cumprir⁹⁵¹, atendendo às limitações da consignação em depósito e reconhecendo a inadmissibilidade de uma vinculação *eterna* do devedor por motivos imputáveis ao credor, pronuncia-se no sentido da aplicação analógica do n.º 1 do artigo 808.⁹⁵²

2. Posição adoptada

Como tivemos oportunidade de referir, são vários os argumentos esgrimidos contra o reconhecimento de um direito a cumprir, desde a disponibilidade do direito de crédito, que permitiria ao credor agir livremente, optando por o exercer ou não, à qualificação do comportamento de colaboração no cumprimento do credor como *ónus* – ao qual, bem entendido, não poderia corresponder, na esfera do devedor, um direito a cumprir.

Em geral, apercebemo-nos que não se trata de obstáculos intransponíveis ao reconhecimento de um direito a cumprir, de um lado, e de um dever de colaborar, de outro. Seja porque à semelhança de qualquer outro direito

⁹⁴⁹ SÁ, F.A. Cunha de, «Direito... *cit.*», p. 150 e s. e p. 254.

⁹⁵⁰ SÁ, F.A. Cunha de, *ibid.*, p. 150 e s. e p. 258.

⁹⁵¹ Entende o Autor que a mora do credor não viola um direito subjectivo do devedor, mas apenas disposições legais que tutelam os seus interesses (*Tratado...cit.*, II, IV, p. 132 e s.).

⁹⁵² *Tratado...cit.*, II, IV, p. 130.

subjectivo, o direito de dispor do crédito se encontrar limitado no seu exercício por outros interesses que encontre e, em geral, pelo princípio da boa fé, seja por a incoercibilidade não ser, em geral, tida como impedimento ao reconhecimento de um dever, seja, finalmente por, na questão da colaboração no cumprimento, haver manifestamente outro interesse em causa – o interesse do devedor – para além do interesse do credor.

É este interesse do devedor que nos surge como central na resposta à questão colocada.

De facto se, como afirmámos, é verdade que, em regra, haverá um interesse do devedor em exonerar-se da prestação devida, não é evidente que este deva ser objecto de uma tutela que se traduza no reconhecimento de um verdadeiro direito a cumprir e de um dever de o credor colaborar no cumprimento, independentemente do caso em concreto. Com efeito, se *a colaboração entre pessoas para o comércio jurídico-privado*, invocada por CUNHA DE SÁ, nos parece ser positivamente valorada pela ordem jurídica, já não consideramos desejável, ao contrário do que defende o Autor⁹⁵³, que esta se sobreponha ao acordado, à autonomia contratual. A colaboração deve ser valorizada na medida em que tenha sido *querida* pelas partes ao contratar, não lhes devendo ser imposta. Parece-nos tal resultar inequivocamente do princípio da liberdade contratual.

Por esta razão, entendemos que a questão do reconhecimento de um dever de colaborar no cumprimento e de um direito a cumprir deve ser analisada caso a caso, tendo em atenção as circunstâncias específicas do contrato em análise e, em especial, o que as partes pretenderam *negociar*, isto é, o que quiseram inserir no objecto do contrato.

⁹⁵³ Afirma o Autor, recorde-se, que «o ordenamento jurídico encara a finalidade da obrigação como desligada do concreto interesse de cada credor, para atender apenas à necessidade abstracta de circulação de bens e serviços através da colaboração entre pessoas» («Direito... cit.», p. 150 e s. e p. 226).

Apenas quando o direito a cumprir, entendido enquanto direito à realização da prestação, tenha sido objecto *expresso* – raramente o será – ou *implícito* no acordo entre as partes, deverá ser reconhecido pela ordem jurídica e, bem assim, tutelado nos termos gerais. Nestes casos, se a realização da prestação depender da colaboração do credor, a tutela do interesse do devedor, impõe o reconhecimento de um verdadeiro dever de colaborar. Trata-se, por exemplo, de situações em que a realização da prestação em si mesma considerada se revista de um determinado valor para o devedor, independente do valor da contraprestação. Se este valor for conhecido e aceite pelo credor como relevante aquando da celebração do contrato, poder-se-á então falar de um direito a cumprir do devedor e correspondente dever de o credor colaborar na realização da prestação.

Nos demais casos, isto é, quando não exista uma expectativa legítima da contraparte em realizar a prestação – para além do interesse em exonerar-se e receber a contraprestação –, a colaboração corresponderá a um ónus do credor, de cujo preenchimento dependerá a obtenção do benefício da prestação. A tutela do interesse do devedor em exonerar-se será realizada de forma adequada – parece-nos – por meio do reconhecimento da faculdade de consignar em depósito a prestação devida ou, quando tal não seja possível, da faculdade de interpelar o credor, concedendo-lhe um prazo razoável para que coopere, findo o qual a obrigação se extingue, aplicando-se analogicamente a previsão do n.º 1 do artigo 808.º.

Note-se que, em todo o caso, o interesse do devedor em receber a contraprestação, se o contrato for sinalagmático, nunca está em risco. Este interesse, que se presume presente em qualquer contrato, é tutelado pelo n.º 2 do artigo 795.º, que, em caso de impossibilitação da prestação por causa imputável ao credor, reconhece ao devedor o direito à contraprestação, descontado o valor do benefício que tenha com a respectiva exoneração.

§3. LIMITES AO EXERCÍCIO DA FACULDADE DE MANUTENÇÃO DO VÍNCULO

O reconhecimento de um direito a cumprir, vimos, dependerá de uma análise casuística da relação contratual em causa e, bem assim, da existência de uma expectativa *legítima* do devedor quanto à realização da prestação acordada.

Interessa-nos agora traçar os limites do direito à manutenção do contrato em termos globais, isto é, enquanto direito ao cumprimento e, consoante o caso, direito a cumprir. Prosseguiremos o nosso estudo com vista a encontrar um critério operativo que permita ajudar o aplicador do Direito na tarefa de discernir se determinado contrato, resolvido de forma ilícita, pode ser mantido.

A questão dos limites do direito à manutenção do contrato tem essencialmente vindo a ser tratada no âmbito do direito ao cumprimento, em torno do tema do *agravamento da prestação* e das respectivas consequências no vínculo obrigacional. Por se tratar de uma matéria objecto de particular interesse na literatura alemã, tanto antes da reforma do BGB, como mais recentemente, em resultado das alterações introduzidas no §275 do BGB, tomaremos como ponto de partida o estudo desta temática nesta ordem jurídica.

§3.1. EM ALGUNS DIREITOS ESTRANGEIROS

1. DIREITO ALEMÃO

1.1. Antes da *Modernisierung*

Em especial, a teoria do limite do sacrifício (*Opfergrenztheorie*)

Antes da reforma do BGB, os casos de agravamento significativo da prestação não encontravam na lei uma disposição que lhes fosse directamente

aplicável, debatendo por isso a doutrina qual o regime a que se encontravam sujeitos.

Depois da primeira guerra mundial, em grande medida como reflexo das dificuldades resultantes desta – carência de matérias primas, inflação, entre outros, parte significativa da doutrina e, subsequentemente, da jurisprudência propôs que a mera *impossibilidade relativa* – ou *impossibilidade económica* – tivesse um efeito liberatório do devedor⁹⁵⁴. O dever de prestar teria como limite o sacrifício *razoavelmente exigível* ao devedor, à luz do princípio da boa fé. Pelo que, quando o sacrifício necessário ao cumprimento da prestação excedesse este limite, a situação deveria ser equiparada à *impossibilidade* da prestação. A maioria da doutrina defendia pois a equiparação destes casos à impossibilidade (absoluta) do §275 do BGB, com a diferença de que nas situações de impossibilidade *relativa* o devedor não seria libertado automaticamente da prestação, antes sendo-lhe concedida a faculdade de optar entre o cumprimento e o não cumprimento⁹⁵⁵. A obrigação não se extinguiria necessariamente, podendo o devedor cumprir, se assim o quisesse, muito embora não se encontrasse obrigado a tal. Trata-se da chamada teoria do limite do sacrifício (*Opfergrenze*)⁹⁵⁶.

Esta orientação não reunia todavia a unanimidade da doutrina, havendo quem rejeitasse a equiparação proposta, com fundamento na imprecisão dos termos «*dificuldade excessiva*», «*esforços desproporcionados*» que tornavam vago o âmbito de aplicação da teoria. Segundo esta corrente, os casos objecto da doutrina do limite do sacrifício deveriam ser resolvidos com recurso ao

⁹⁵⁴ Veja-se, a propósito desta orientação, embora manifestando-se em sentido contrário, LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 318 e s.

⁹⁵⁵ Neste sentido, ENNECCERUS, Ludwig, e LEHMANN, Heinrich, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. II, 3.^a ed., Bosch, 1966, p. 241.

⁹⁵⁶ LARENZ refere como partidários desta orientação STOLL, HECK, ESSER, e como opositores, entre outros, OERTMANN, TITZE, JAKOBS, MEDICUS (*Lehrbuch...cit.*, I, p. 318, nota de rodapé n.º 45 e p. 319, nota de rodapé n.º 47). Veja-se ainda, sobre a posição da doutrina maioritária alemã, ANDRADE, Manuel de, *Teoria...cit.*, p. 405 e s.; VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, II, p. 68 e s.; e SÁ, F.A. Cunha de, «Direito...cit., p. 150 e s., p. 201.

princípio da boa fé, consagrado no §242 do BGB, e à teoria da base do negócio⁹⁵⁷.

1.2. §275 do BGB depois da *Modernisierung*^{958/959}

Em 2002, as alterações introduzidas no §275 do BGB vieram regular o agravamento da prestação, distinguindo diferentes categorias.

(a) §275 (1) – Impossibilidade *stricto sensu*

O §275 do BGB, sob a epígrafe *Ausschluss der Leistungspflicht* (exclusão do dever de prestar), determina no parágrafo (1) que a pretensão à prestação é excluída sempre que esta seja impossível para o devedor ou qualquer outra

⁹⁵⁷ Para mais desenvolvimentos quanto a esta doutrina, veja-se LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 318 e ss., em especial p. 321.

⁹⁵⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o §275, veja-se MATTHEUS, Daniela, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts», *Juristische Schulung*, 2002, n.º 3, p. 211 e ss.; OTTO, Hansjörg, «Die Grundstrukturen des neuen Leistungsstörungenrechts», *Jura*, n.º 1, 2002, p. 3 a 5; RAMMIN, Klaus, «Wechselwirkungen bei den Voraussetzungen der gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsrechte nach allgemeinem Schuldrecht (§314, 323, 324 BGB)», *Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht*, 2003, n.º 3, p. 116 e s.; BAMBERGER, Heinz, e ROTH, Herbert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 2.ª ed., C.H. Beck, 2007, p. 1062 e ss.; e *Münchener...cit.*, p. 668 e ss. Na doutrina nacional, veja-se ainda OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, «The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer», vol. 11.4, *Electronic Journal of Comparative Law*, Dezembro 2007, <http://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>. e SOUSA, Gabriela Mesquita, «Impossibilidade de cumprimento da obrigação: as alterações do regime alemão e as normas do Código Civil Português», *Estudos sobre Incumprimento do Contrato*, coordenação de Maria Olinda Garcia, 2011, Coimbra Editora, p. 105 a 130.

⁹⁵⁹ Determina o § 275: «*Ausschluss der Leistungspflicht (1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. (3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. (4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326*».

pessoa. Aplica-se, portanto, a todos os tipos de impossibilidade, isto é, objectiva, subjectiva, de facto ou de Direito, inicial ou subsequente, parcial ou total⁹⁶⁰.

(b) §275 (2) – Impossibilidade *prática*

Hoje o §275 (2) determina que «[o] *devedor pode recusar a prestação sempre que esta requeira um esforço que esteja em grave desproporção perante o interesse do credor na prestação, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e da regra da boa fé. Na determinação dos esforços imputáveis ao devedor é também de ter em conta se o impedimento da prestação deve ser imputado a este último*»⁹⁶¹.

Esta disposição procura depurar o instituto da alteração das circunstâncias, consagrado no §313, retirando do respectivo âmbito os casos em que a *impossibilidade prática (praktische Unmöglichkeit)*⁹⁶² não resulte das possibilidades (económicas) do devedor, mas de um desequilíbrio, entre o *esforço* a desenvolver pelo devedor com vista ao cumprimento – e não o interesse do devedor em prestar, note-se – e o *interesse* do credor na prestação, inadmissível à luz da boa fé e atendendo à relação contratual no seu todo^{963/964}. Nestes casos, de impossibilidade *prática*, aplicar-se-á o §275 (2).

O exemplo apresentado por ZIMMERMANN para ilustrar o âmbito de aplicação do §275 (2) é o do anel, no valor de €100, que, tendo sido prometido vender, cai num lago. Sendo o custo de recuperação do mesmo de €100.000, é inexigível que o devedor cumpra a sua obrigação, assumindo que o interesse do

⁹⁶⁰ Neste sentido, ZIMMERMANN, Reinhard, *The New...cit.*, p. 44.

⁹⁶¹ Tradução de CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175.

⁹⁶² Veja-se quanto à designação, *Münchener...cit.*, p. 690.

⁹⁶³ Neste sentido, ZIMMERMANN, Reinhard, *The New...cit.*, p. 45; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 176; e OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Estudos...cit.*, p. 9 e s.

⁹⁶⁴ Veja-se, quanto ao §313, FELDHAHN, Peer, «Die Störung der Geschäftsgrundlage im System des reformierten Schuldrechts», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 3381 a 3383.

credor é igual ao valor do anel⁹⁶⁵. Assim, ainda que o devedor tivesse os meios necessários para recuperar o anel e que, portanto, do ponto de vista financeiro lhe fosse possível cumprir a obrigação, sem se arruinar, o cumprimento da prestação não lhe seria exigível, em resultado da desproporção entre o *esforço* e o *interesse do credor* no cumprimento.

A «mera» impossibilidade económica («*wirtschaftliche Unmöglichkeit*»), ligada às possibilidades do devedor, seria integrada no instituto da alteração das circunstâncias («*Störung der Geschäftsgrundlage*»), hoje acolhido no §313 do BGB, que veio consagrar na lei o instituto, construído pela doutrina e jurisprudência sobre a regra da boa fé do §242. Assim, o caso de aumento dramático do preço do petróleo, entre a celebração do contrato promessa de venda do mesmo e a celebração do contrato prometido, deverá ser enquadrado no §313. Não se trata de um caso de impossibilidade, enquadrável no §275, já que se compararmos o esforço do devedor com o interesse do credor, a obrigação é exigível, na medida em que este terá acompanhado o aumento do preço do petróleo. Trata-se sim, de acordo com o novo regime posterior a 2002, de um caso de alteração das circunstâncias⁹⁶⁶.

O §275 (2) referir-se-á, portanto, a uma impossibilidade determinada em função da normalidade «sócio-cultural» e não das possibilidades do devedor⁹⁶⁷. Há assim, um afastamento da teoria do limite do sacrifício do regime da impossibilidade, na medida em que a impossibilidade económica é remetida para o âmbito da alteração das circunstâncias⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, *The New...cit.*, p. 45. O exemplo do anel, repetido pela doutrina, é retirado de P. HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, reimpr., 1974, §28, 8.

⁹⁶⁶ Exemplo de ZIMMERMANN, Reinhard (*The New...cit.*, p. 46).

⁹⁶⁷ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175 e s.

⁹⁶⁸ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 180 e s., nota de rodapé n.º 410.

As dificuldades de delimitação entre as duas figuras são evidentes, sendo amplamente reconhecidas pela doutrina⁹⁶⁹ que, desta forma, salienta a relevância da casuística para o efeito⁹⁷⁰.

(c) §275 (3) – Anterior impossibilidade moral

O §275 (3) determina que «[o] devedor pode ainda recusar a prestação quando deva realizar pessoalmente a prestação e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, não possa ser exigível»⁹⁷¹.

Esta disposição abrange os casos de inexigibilidade de obrigações *altamente pessoais* ou de impossibilidade pessoal^{972/973}. O exemplo referido é o da cantora que recusa actuar para ficar à cabeceira do filho, gravemente doente. Saliente-se que, neste caso, ao contrário do que sucede no §275 (2), a imputabilidade do impedimento ao devedor parece ser irrelevante.

Antes da *Modernisierung*, esta situação era qualificada como de *impossibilidade moral*, sendo-lhe aplicadas as regras da alteração de circunstâncias. Hoje, apesar de reconduzida à esfera da impossibilidade, alguma doutrina reconhece no apelo a uma ponderação geral de interesses para efeitos do juízo de exigibilidade uma manifestação do regime da alteração das circunstâncias, que vem minar a diferença já de si subtil entre esta e a impossibilidade^{974/975/976}.

⁹⁶⁹ Designadamente, ZIMMERMANN, Reinhard, *The New...cit.*, p. 49. Veja-se ainda CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 176 e OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Estudos...cit.*, p. 9 e s.

⁹⁷⁰ Veja-se ainda quanto à distinção entre «*praktische Unmöglichkeit*» e «*wirtschaftliche Unmöglichkeit*» e o âmbito de aplicação do §275 e do §313, entre outros, PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64.^a ed., C.H. Beck, 2005, p. 344; BAMBERGER, Heinz, e ROTH, Herbert, *Kommentar...cit.*, p. 1067; e *Münchener...cit.*, 673 e ss. e 688. Para mais desenvolvimentos quanto ao âmbito de aplicação do §275 (2) veja-se *Münchener...cit.*, p. 675 e ss. e 686 e ss.

⁹⁷¹ Tradução de CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175.

⁹⁷² Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 176 e s.

⁹⁷³ Outras disposições no BGB recorrem à ideia de inexigibilidade de manutenção da relação, como o §324, já acima referido e o §314 que será objecto de análise *infra*, no capítulo V, §3.3., 1.3.2.

⁹⁷⁴ Neste sentido, ZIMMERMANN, Reinhard, *The New...cit.*, p. 49.

(d) Síntese

Embora o §275 liberte o devedor do dever de prestar, tanto perante a impossibilidade *stricto sensu*, como perante a impossibilidade prática, os regimes que define são distintos consoante se trate de uma ou outra. Enquanto perante a impossibilidade *tout court* ocorre a extinção automática do direito ao cumprimento, no segundo caso, correspondente às previsões dos (2) e (3) do §275, concede-se apenas ao devedor a faculdade de recusar o cumprimento.

Por outro lado, os casos de impossibilidade económica foram retirados do âmbito da impossibilidade e remetidos para a esfera do regime da alteração de circunstâncias (§313).

No que concerne à opção de distinção, operada pelo §275, entre a impossibilidade em sentido próprio e a *impossibilidade prática*, há que salientar a frequente complexidade de realização da tarefa que, como chama a atenção ZIMMERMANN, tornará difícil a aplicação destas disposições⁹⁷⁷.

Note-se, finalmente, que a liberação da obrigação de prestar do devedor não o liberta, necessariamente, de uma obrigação de indemnizar, desde que exista culpa sua, como se retira do §275 (4)⁹⁷⁸.

2. DIREITO ITALIANO

No ordenamento jurídico italiano, a análise dos limites ao direito ao cumprimento surge, primacialmente, a propósito do agravamento económico da prestação e da perturbação da racionalidade económica do contrato em

⁹⁷⁵ Veja-se, quanto à relação entre o §275(3) e o §313, *Münchener...cit.*, p. 694 e s.

⁹⁷⁶ Na doutrina nacional veja-se CORDEIRO, António Menezes, «A “Impossibilidade Moral”: Do Tratamento Iguatário no Cumprimento das Obrigações», *Estudos de Direito Civil*, 2.^a reimp. da edição de 1987, Almedina, 1994.

⁹⁷⁷ *The New...cit.*, p. 47.

⁹⁷⁸ Quanto a esta matéria, veja-se ZIMMERMANN, Reinhard, *The New...cit.*, p. 50 e ss.

resultado de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis supervenientes à celebração do contrato. À semelhança do que sucede no Direito português, doutrina e a jurisprudência tendem a procurar resposta para as questões suscitadas neste âmbito em torno dos institutos da impossibilidade, da alteração das circunstâncias e da responsabilidade contratual, bem como do princípio da boa fé.

2.1. A impossibilidade

Nos termos do artigo 1256.º («*impossibilità definitiva e impossibilità temporanea*»), a impossibilidade determina a extinção da obrigação e, tratando-se de um contrato sinalagmático, da respectiva contraprestação, por força do disposto no artigo 1463.º («*impossibilità totale*»).

A questão principal prende-se com a delimitação do conceito de impossibilidade, entendendo a maioria da doutrina que este, abrangendo, naturalmente, os casos de impossibilidade física, natural, não se deve limitar aos mesmos.

Parte significativa da doutrina defende a adopção de um conceito *elástico* de impossibilidade que, não englobando situações de mera dificuldade de cumprimento, compreenda casos de *agravamento significativo* da prestação⁹⁷⁹. Neste quadro devem ser abrangidos pela *impossibilidade liberatória* dos artigos 1256.º e 1463.º, situações em que, fruto de circunstâncias supervenientes, o cumprimento – possível, ainda – dependa de «(...) actividades e meios não razoavelmente compatíveis com aquele tipo de relação contratual, em termos de a

⁹⁷⁹ Neste sentido, ROPPO, E., *O Contrato*, trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, 1988, p. 256 e ss. Referindo esta tendência da doutrina e a aproximação entre impossibilidade superveniente e *eccessiva onerosità*, CASTRONOVO, Carlo, «La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano», *Europa e diritto privato*, vol. 3, 1999, Giuffrè, p. 796.

transformar numa prestação substancialmente diversa da acordada»⁹⁸⁰. A impossibilidade variaria assim em função do tipo de prestação, bem como da operação económica em causa.

Seria assim enquadrável no artigo 1463.º, o caso do transportador marítimo, obrigado a efectuar uma entrega de mercadoria na Sardenha, em determinado dia, que é impedido de realizar o transporte por mar em resultado de uma ordem de fecho dos portos, emitida pelas autoridades marítimas, fruto do agravamento das condições do mar. Muito embora não se possa, com rigor, falar de impossibilitação da prestação, na medida em que o transportador pode ainda organizar a entrega por via aérea, compreende-se o absurdo de exigir ao transportador *marítimo* que o faça, face à diversidade desta prestação em relação à inicialmente acordada.

2.2. A «*eccessiva onerosità*»

O desequilíbrio económico das prestações contratuais, resultante de circunstâncias extraordinárias posteriores à celebração do contrato, pode, preenchidos determinados requisitos definidos na lei, constituir fundamento à resolução do contrato pela parte *lesada*. Tal é o que resulta do instituto da «*eccessiva onerosità*», regulado nos artigos 1467.º e ss. do Código Civil italiano⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ ROPPO, E., *O Contrato...cit.*, p. 256.

⁹⁸¹ Esta secção, dedicada à *eccessiva onerosità*, divide-se em três artigos, o artigo 1467.º, aplicável aos contratos com prestações sinalagmáticas, o artigo 1468.º, aplicável aos contratos com obrigações de apenas uma das partes e o artigo 1469.º, aplicável aos contratos aleatórios. Interessa-nos aqui, em razão do nosso objecto, o artigo 1467.º que regula a excessiva onerosidade nos contratos de execução continuada, periódica ou diferida («*esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita*»), conferindo à parte cuja prestação sofreu o agravamento a faculdade de requerer a resolução do contrato. Dispõe o artigo 1467.º, sob a epígrafe «*Contratto con prestazioni corrispettive*»: «[n]ei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la

(a) Requisitos de aplicação

A divergência entre o *esforço* exigido para o cumprimento no momento de celebração do contrato e o *esforço* necessário à realização da prestação no momento do efectivo cumprimento determina a aplicação do regime previsto no artigo 1467.º, sempre que e desde que tal discrepância se revele excessivamente onerosa.

Constituem requisitos de aplicação daquela norma o carácter *extraordinário* e *imprevisível* tanto dos acontecimentos geradores da alteração, bem como das respectivas consequências. É assim necessário que o agravamento, por um lado, não se encontre circunscrito aos riscos próprios do contrato, que os contraentes assumiram ao celebrar o negócio e, por outro, resulte de acontecimentos subtraídos à possibilidade de razoável previsão e controlo das partes.

Refira-se ainda que, nos termos do artigo 1467.º, o pedido de resolução do contrato, apresentado pelo devedor, pode ser paralisado pela oferta de modificação equitativa do contrato da contraparte.

(b) Em especial, a «excessiva onerosidade»

Ao contratar, o devedor representa um determinado custo do cumprimento da respectiva obrigação, bem como, nos contratos bilaterais, a utilidade que poderá retirar da contraprestação, decidindo obrigar-se perante uma certa relação entre custo e utilidade. O evento extraordinário altera o resultado da ponderação daqueles dois elementos. Quando a soma dos custos para o devedor aumenta diz-se que a sua prestação se tornou mais onerosa.

risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)».

Nos contratos sinalagmáticos é essencial ter em conta não apenas os custos da prestação do devedor, mas a utilidade da contraprestação, pelo que releva também, para este efeito, a diminuição da utilidade da contraprestação. Note-se que se houver uma alteração do custo da prestação, mas também da utilidade da contraprestação, simultaneamente, e se se mantiver um *ratio* idêntico ao obtido aquando da ponderação de ambos no momento da celebração do contrato, não se deve considerar que a prestação do devedor se tornou mais onerosa.

Esclarecido este ponto, quando é que se pode dizer que tal alteração é *excessiva*?

O artigo 1467.^o aponta no sentido da resposta na parte em que determina que não pode ser requerida a resolução do contrato quando a onerosidade superveniente se encontre ainda dentro do âmbito da *álea normal do contrato*⁹⁸². A ideia que subjaz a esta disposição é de que a celebração de um contrato envolve sempre um determinado *risco*. A determinação do que é o *risco normal*, a *álea normal*, deve ser realizada, segundo ROPPO, à luz do tipo contratual em causa, das particularidades do mercado e da conjuntura económica⁹⁸³.

Note-se que, em alguns casos, a lei define quando é que a variação da onerosidade da prestação é relevante. Assim, o artigo 1664.^o do CCI, a propósito do contrato de empreitada, estabelece que um aumento do preço do material ou da mão-de-obra que determine um aumento ou diminuição do preço superior a um décimo do preço constitui uma alteração relevante que confere um direito à revisão do mesmo. Nos casos em que a lei é omissa, cabe ao intérprete determinar quando é que a alteração é excessiva.

Relevante é ainda a questão de saber se o carácter excessivo da onerosidade deve ser aferido subjectiva ou objectivamente. Releva o

⁹⁸² O artigo 1469.^o regula esta matéria no campo dos contratos aleatórios, não sendo por isso a referência à *álea normal do contrato*, constante do artigo 1467, interpretada como uma remissão para aquele universo.

⁹⁸³ O Contrato...*cit.*, p. 262 e s.

agravamento que se encontre relacionado directamente com a pessoa do devedor ou apenas aquele que tenha a ver com a prestação isoladamente considerada? Trata-se aqui, por exemplo, de responder à questão de saber se a insolvência do devedor é relevante. DEVOTO defende que a excessiva onerosidade só deve libertar o devedor quando seja objectiva, quando diga respeito à prestação, em si mesma considerada. Se disser respeito à pessoa do devedor não é relevante juridicamente. De facto, segundo o Autor, apenas excepcionalmente, reconhece a lei relevância a alterações de ordem subjectiva, designadamente nos artigos 1613.⁹⁸⁴ e 1776.⁹⁸⁵, sendo o respectiva aplicação muito limitada^{986/987}.

2.3. As regras da responsabilidade contratual

A questão do agravamento significativo da prestação é ainda tratada por parte da doutrina no quadro da responsabilidade contratual, seja como causa de justificação, seja como causa de escusa.

Nos termos do artigo 1218.^o do CCI («*responsabilità dell debitore*»), o devedor que não cumpre a prestação devida encontra-se obrigado a indemnizar

⁹⁸⁴ Dispõe o artigo 1613.^o, sob a epígrafe «*Facoltà di recesso degli impiegati pubblici*»: «*Gli impiegati delle pubbliche amministrazioni possono, nonostante patto contrario, recedere dal contratto nel caso di trasferimento, purché questo non sia stato disposto su loro domanda. Tale facoltà si esercita mediante disdetta motivata, e il recesso ha effetto dal secondo mese successivo a quello in corso alla data della disdetta*».

⁹⁸⁵ Dispõe o artigo 1776.^o, sob a epígrafe «*Obblighi dell'erede del depositario*»: «*L'erede del depositario, il quale ha alienato in buona fede la cosa che ignorava essere tenuta in deposito, è obbligato soltanto a restituire il corrispettivo ricevuto. Se questo non è stato ancora pagato, il depositante subentra nel diritto dell'alienante (1203 e seguenti)*».

⁹⁸⁶ DEVOTO, L., *L'obbligazione...cit.*, p. 356.

⁹⁸⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de onerosidade excessiva, veja-se Martini, Angelo, *De L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Giuffrè, 1950; BOSELLI, Aldo, *La Risoluzione del Contratto per Eccessiva Onerosità*, UTET, 1952; GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, CEDAM, 1983, p. 316 e ss.; TERRANOVA, Carlo G., «*L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469*», *Il Codice Civile Commentario*, org. Piero Schlesinger, Giuffrè, 1995; CASELLA, Giovanni, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, UTET, 2001; e ALPA, Guido, *Manuale...cit.*, p. 614 e s.

o credor, excepto se provar que o incumprimento resultou da *impossibilidade não imputável* da prestação.

Admitindo um conceito *elástico* de impossibilidade, o agravamento da prestação que fizesse depender o cumprimento da realização de actividades e do empenho de meios não razoavelmente compatíveis com o tipo de relação contratual em causa constituiria, nos termos e para os efeitos do artigo 1218.º, uma causa de exclusão da responsabilidade do devedor inadimplente⁹⁸⁸.

2.4. O princípio da boa fé

A boa fé, associada à inexigibilidade da prestação, constitui outro limite ao direito ao cumprimento, frequentemente invocado pela doutrina⁹⁸⁹.

Em grande parte por influência alemã, a boa fé desempenha em Itália um papel significativo como instrumento de atenuação da responsabilidade por incumprimento. A explicação para tal é reconduzível às grandes mudanças económicas e sociais provocadas pela primeira guerra mundial e às suas repercussões nas relações contratuais que impuseram a necessidade de criação de meios que permitissem flexibilizar o princípio *pacta sunt servanda*, admitindo a modificação do contrato ou mesmo a desvinculação de uma das partes em caso de desequilíbrio significativo superveniente das prestações. É neste quadro e procurando dar resposta a estas preocupações que surge a teoria da inexigibilidade da prestação de acordo com o princípio da boa fé. Segundo esta doutrina, perante uma situação de incumprimento o juiz deveria avaliar, à luz do princípio da boa fé, a exigibilidade do cumprimento⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ Neste sentido, ROPPO, E., *O Contrato...cit.*, p. 276 e s.

⁹⁸⁹ Assim, GAZZONI, Francesco, *Manuale di Diritto Privato*, 10.ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 1003.

⁹⁹⁰ Veja-se, quanto a esta teoria, ROPPO, E., *O Contrato...cit.*, p. 289 e ss.

Ainda com vista a traçar um limite à vinculação do devedor, alguns Autores conjugam o princípio da boa fé com a obrigação de diligência constante do artigo 1176.º.

Ao contrário do que sucede no Direito nacional, o Código Civil italiano contém, no artigo 1176.º, uma disposição geral, expressa, sobre a diligência no cumprimento, nos termos da qual o devedor deve usar, no cumprimento da obrigação, a diligência de um bom pai de família⁹⁹¹.

Parte da doutrina, encontra expressa, neste artigo 1176.º, a rejeição pelo ordenamento jurídico italiano do princípio segundo o qual a obrigação de cumprir do devedor se estenderia até ao limite da respectiva possibilidade, concluindo da respectiva leitura que o devedor se encontra obrigado *apenas* na medida do que lhe é exigível, à luz de um critério de diligência⁹⁹².

A determinação da diligência exigível – a do bom pai de família – pressupõe, chama a atenção MARIO BESSONE, a existência de um método que permita, caso a caso, definir este *standard* pelo qual se deverá avaliar o comportamento do devedor. Segundo aquele Autor, a margem de sacrifício exigível às partes num contrato seria determinável com recurso a um juízo de boa fé que permitiria extrair da economia do negócio o grau de sacrifício a que as partes se encontram vinculadas e a partir do qual a exigência do cumprimento consubstanciaria um abuso de direito⁹⁹³. A determinação da exigibilidade do cumprimento concretizar-se-ia num juízo de boa fé que permitiria esclarecer se, face às circunstâncias concretas, a execução do contrato

⁹⁹¹ Determina o artigo 1176.º, sob a epígrafe, «*Diligenza nell'adempimento*»: «*Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (Cod. Civ. 703, 1001, 1228, 1587, 1710-2, 1768, 2148, 2167). Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata (Cod. Civ. 1838 e seguente, 2104-1, 2174-2, 2236)*».

⁹⁹² Neste sentido, BESSONE, Mario, *Adempimento e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, 1975, p. 397.

⁹⁹³ *Adempimento...cit.*, p. 398 e ss.

exige ou não às partes um sacrifício para além do implícito na economia do negócio⁹⁹⁴.

MARIO BESSONE conclui que o juízo de boa fé e o juízo de diligência operam, cronologicamente, de forma sucessiva. Será necessário, numa primeira fase, averiguar se o cumprimento era exigível para, em caso de resposta afirmativa, numa segunda, determinar se o devedor agiu de forma diligente ou se agiu com culpa. Assim, no caso de um instituto que, por inércia, não tomou as medidas necessárias à implementação de um novo programa que os seus financiadores aguardavam, dever-se-á, num primeiro tempo, esclarecer se a implementação da inovação era exigível, nos termos da relação contratual existente, e, num segundo, determinar se o instituto não agiu com a diligência necessária e, por isso, actuou de forma culposa⁹⁹⁵.

Face ao exposto, perante um litígio com base no incumprimento de uma obrigação, a decisão deverá ter por base um juízo de boa fé, através do qual será possível determinar se o cumprimento, face às circunstâncias, ainda é possível sem que se ultrapasse aquela margem de sacrifício a que as partes se vincularam ao celebrar o contrato⁹⁹⁶. O juízo de controlo entre as circunstâncias e a execução do contrato é substancialmente idêntico quer se avalie o sacrifício patrimonial de execução da obrigação, quer se avalie o esforço (não patrimonial) para o desenvolvimento da actividade exigida.

3. COMMON LAW

Em *common law*, ao contrário do que em regra sucede nos Direitos de *civil law*, o direito à manutenção do contrato é objecto de análise no quadro específico da *repudiation*, figura a que a resolução infundada é, em geral, reconduzida. Por esta razão, de um lado, e, por outro, em razão da necessidade

⁹⁹⁴ *Adempimento...cit.*, p. 402.

⁹⁹⁵ *Adempimento...cit.*, p. 400.

⁹⁹⁶ *Adempimento...cit.*, p. 401.

de delimitar o objecto do presente estudo, cingiremos a nossa análise a este âmbito. Não serão assim abordados outros limites à manutenção do contrato em *common law* que abrangem situações enquadráveis, nos Direitos romano-germânicos, na impossibilidade, no agravamento da prestação e na alteração de circunstâncias, designadamente a *doctrine of frustration*, nem tão pouco o âmbito das *hardship* e das *force majeure clauses*⁹⁹⁷.

A manutenção do contrato, na sequência do respectivo repúdio, é assumida no Direito inglês, ao contrário aliás do que sucede no Direito norteamericano, como direito da *vítima*, que o poderá exercer livremente. Esta concepção insere-se num quadro mais amplo em que a regra é a do livre exercício dos direitos emergentes do contrato, rejeitando-se a ideia de que as partes pudessem encontrar-se, de alguma forma, limitadas na sua actuação por critérios de razoabilidade.

Por esta razão, no Direito inglês, doutrina e jurisprudência, nos casos em que parecem reconhecer a necessidade de introdução de um limite ao direito à manutenção do contrato, encontram alguma dificuldade em fazê-lo. Tal é visível, designadamente, em *White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor* (1962)⁹⁹⁸, em que, apesar da decisão adoptada, surgem tanto no discurso da minoria da *House of Lords*, como de Lord Reid, algumas tentativas ou propostas de limitação do exercício da faculdade de manutenção do contrato pela parte sujeita ao repúdio do contrato.

3.1. O interesse legítimo na manutenção

No âmbito da discussão do caso objecto de *White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor*, é apresentado um caso hipotético de um contrato de prestação de serviços de um perito, nos termos do qual este se obriga a deslocar ao

⁹⁹⁷ Para mais desenvolvimentos sobre estas matérias veja-se TREITEL, G.H., *Frustration and force majeure*, Sweet&Maxwell, 1994; ATIYAH, P.S., *An Introduction...cit.*, p. 229 a 244; e MCKENDRICK, Ewan, *Contract...cit.*, p. 308 a 324.

⁹⁹⁸ Para mais desenvolvimentos sobre este caso veja-se *supra*, capítulo II, §1.4, 4.2, (b).

estrangeiro e realizar determinado relatório. Supondo que o contrato é repudiado antes de o perito ter dado início a qualquer diligência, teria este, não obstante, o direito a deslocar-se e acumular um conjunto de despesas às custas da contraparte? Em resposta a esta hipótese, Lord Reid concede que «[i]t may well be that, if it can be shown that a person has no legitimate interest, financial or otherwise, in performing the contract rather than claiming damages, he ought not to be allowed to saddle the other party with an additional burden with no benefit to himself».

Lord Reid aflora um possível critério de limitação do direito à manutenção do contrato, o *interesse legítimo* no cumprimento do contrato.

O facto de este critério ter sido formulado por Lord Reid, que votou no sentido da decisão de *White and Carter* e rejeitou a ideia de que o exercício dos remédios contratuais fosse limitado por um critério de razoabilidade, reflecte de forma implícita, como salienta FURMSTON, a convicção de que ao princípio do exercício *ilimitado* do direito à manutenção devem ser reconhecidos *limites*⁹⁹⁹.

O critério é todavia impreciso, não tendo os casos posteriores a *White and Carter* sido particularmente esclarecedores do respectivo conteúdo. Interpretado restritamente aquele critério reduz os casos de opção entre a resolução e a cessação do contrato às situações em que o cumprimento beneficie a reputação profissional do devedor. Interpretado de forma lata, são pouco os casos em que não se deverá reconhecer ao credor a possibilidade de recurso a ambas as faculdades, já que haverá sempre, pelo menos, o interesse em não ter de procurar uma alternativa que substitua o contrato em causa¹⁰⁰⁰.

Alguma doutrina entende que o *interesse legítimo* referido por Lord Reid seria necessariamente um *outro* interesse que não o de receber o preço devido nos termos do contrato¹⁰⁰¹. Será assim *legítimo*, entre outros, o interesse em

⁹⁹⁹ Neste sentido, FURMSTON, M.P., «The Case...*cit.*», p. 367.

¹⁰⁰⁰ Neste sentido, NIENABER, P. M. «The Effect...*cit.*», p. 231 e s.

¹⁰⁰¹ Neste sentido, CARTER, J. W., Phang, A. e, Phang, S.-Y., «Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests», *Journal of Contract Law*, vol. 15, n.º 1, Setembro de 1999, p. 109.

cumprir, resultante, por exemplo, de uma vontade/necessidade de proteger a respectiva reputação profissional. Do ponto de vista da prova será necessário à parte adimplente demonstrar os efeitos da não realização do contrato na sua reputação, o que será particularmente complexo, na medida em que não bastará a sua opinião quanto à matéria. Será igualmente *legítimo* o interesse quando o cumprimento de outro(s) contrato(s) com terceiro(s) dependa do cumprimento do contrato repudiado.

Refira-se apenas que ao teste do *interesse legítimo* se sucederam outros, como o da *razoabilidade* da decisão de manutenção do contrato, mas que na substância parecem coincidir¹⁰⁰².

Em qualquer dos casos, e independentemente das fórmulas a que se recorra, trata-se de um critério extremamente vago, com um espaço significativo para a discricionariedade.

3.2. A ponderação dos interesses de ambas as partes no cumprimento

Parte da doutrina, reconhecendo na limitação do direito à manutenção do contrato a manifestação de uma política de natureza pública de prevenção de gasto desnecessário de recursos (*waste*)¹⁰⁰³, defende que o juízo quanto ao direito a manter o contrato deve assentar numa ponderação de interesses de *ambas* as partes no contrato – o interesse em cumprir e o interesse no cumprimento – e não apenas de uma. A restrição da faculdade de manutenção do contrato deve ser realizada com base nesta ponderação, de tal forma que se nenhuma das partes tiver interesse no cumprimento, não deve ser reconhecido um direito à manutenção do contrato. Nos casos em que o interesse em cumprir seja manifestamente desproporcionado em relação ao interesse no cumprimento e,

¹⁰⁰² Neste sentido, CARTER, J. W., Phang, A. e, Phang, S.-Y., «Performance...*cit.*», p. 112 e s.

¹⁰⁰³ Neste sentido, NIENABER, P. M. «The Effect...*cit.*», p. 230 e ss.; e CARTER, J. W., Phang, A. e, Phang, S.-Y., «Performance...*cit.*», p. 108.

por isso, o gasto de recursos desnecessários seja significativo, deverá ser considerada a restrição do direito à manutenção da parte lesada¹⁰⁰⁴.

Atendendo a que a questão da manutenção/cessação do contrato surge na sequência de um incumprimento, NIENABER propõe que o juízo de manutenção seja realizado em função do conhecimento da parte adimplente no momento da tomada de decisão¹⁰⁰⁵. Veja-se, por exemplo, o caso do perito contratado em Portugal para fazer um estudo em Hong Kong, cujo contrato é resolvido, sem fundamento, antes que este tenha tomado qualquer medida no âmbito da respectiva execução. Poderá o perito, apesar da resolução, deslocar-se a Hong Kong, realizar o estudo e depois exigir o pagamento pelo trabalho realizado e despesas associadas? Segundo NIENABER a resposta deverá depender do conhecimento do perito à data da tomada de decisão de ir para Hong Kong. Assim, se este souber que a razão da rejeição do contrato se prende com a desnecessidade do estudo, dever-se-á bastar com uma indemnização pela cessação do contrato. Se, pelo contrário, a razão da rejeição do contrato for a intenção de contratar outro perito, entende-se que poderá manter o contrato, com vista ao pagamento do preço pelo serviço prestado.

Em síntese, a questão que se deve colocar de forma a determinar a existência de uma faculdade de manutenção do contrato não será assim tanto no sentido de esclarecer se o cumprimento é *querido* pelas partes, mas se é de alguma forma *útil*. Obtém-se, desta forma, segundo o Autor, um equilíbrio razoável entre princípio – a faculdade da parte adimplente optar entre cessação e manutenção do contrato – e interesse público – prevenção do desaproveitamento de recursos¹⁰⁰⁶. O grau de limitação do direito à manutenção do contrato dependerá da maior ou menor valorização, pelo Estado, do direito à

¹⁰⁰⁴ Neste sentido, NIENABER, P. M. «The Effect...*cit.*», p. 232.

¹⁰⁰⁵ NIENABER, P. M. «The Effect...*cit.*», p. 232.

¹⁰⁰⁶ NIENABER, P. M. «The Effect...*cit.*», p. 232.

manutenção da parte adimplente, por um lado, e, por outro, do objectivo de prevenção de desperdício de recursos.

3.3. O recurso ao instituto da *specific performance*

NIENABER, ainda a propósito da efectivação da política de prevenção de desperdício de recursos através da limitação do direito a manter o contrato, afirma que esta é mais facilmente implementável em ordens jurídicas em que não exista um direito à *specific performance*, como por exemplo no Reino Unido. Caso contrário, a parte adimplente poderia sempre recorrer àquela faculdade¹⁰⁰⁷.

O obstáculo é todavia ultrapassável, parece-nos, transpondo para o âmbito da *specific performance* o raciocínio que aqui se fez quanto ao direito à manutenção do contrato: limitar o recurso a esta medida em função da utilidade do cumprimento, realizando uma ponderação dos interesses de ambas as partes.

Inversamente, poder-se-ia aplicar, para efeitos de delimitação do direito à manutenção do contrato, os princípios que subjazem à definição do âmbito de aplicação da *specific performance*. Se as circunstâncias são tais que o tribunal não ordenaria a execução forçada da obrigação, então não deverá o credor poder obter resultado diferente através da sua própria acção, i.e., sem recurso ao tribunal, mantendo o contrato¹⁰⁰⁸.

De facto, e, em especial se tivermos em mente a doutrina do *interesse legítimo*, parece haver uma coincidência entre os âmbitos de aplicação da *specific performance* e do direito a manter o contrato. Aquela, como vimos encontra-se (tendencialmente) restringida aos casos em que a atribuição de uma compensação pecuniária não seja o meio adequado para satisfazer o interesse

¹⁰⁰⁷ NIENABER, P. M. «The Effect...*cit.*, p. 233.

¹⁰⁰⁸ CARTER, J. W., Phang, A. e, Phang, S.-Y., «Performance...*cit.*, p. 121.

da parte, casos esses que tenderão a coincidir com aqueles em que o devedor tenha um *interesse legítimo* no cumprimento, isto é um interesse para além da obtenção do preço do contrato.

3.4. **Damage Mitigation: um limite ao exercício do direito à manutenção do contrato?**

A questão do direito ao cumprimento, à manutenção do contrato na sequência do incumprimento da contraparte, é frequentemente abordada, nas ordens jurídicas de *common law*, no quadro da figura de *damage mitigation*.

(a) *Mitigation* (remissão)

Como tivemos oportunidade de referir acima¹⁰⁰⁹, nos Direitos de *common law*, a determinação da indemnização devida ao lesado é realizada tendo em conta uma regra de minimização dos danos resultantes do incumprimento. A regra da *mitigation* traduz-se, de acordo com o disposto no §350 do *Restatement (Second) of Contracts*, no facto de não serem indemnizáveis danos «(...) *that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation*». Esclarece ainda o n.º 2 desta disposição que «*[t]he injured party is not precluded from recovery by the rule stated in subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss*».

O comentário ao §350 do *Restatement* esclarece que a regra da mitigação constitui uma manifestação de uma política de incentivo à minimização dos danos resultantes do incumprimento, pela parte lesada. Concebida enquanto meio de prevenção do desperdício de recursos, a *mitigation* revela uma determinada concepção da teoria do incumprimento, em que os remédios

¹⁰⁰⁹ Para mais desenvolvimentos sobre a figura de *damage mitigation*, veja-se, *supra*, capítulo II, §1.4, 4.1 (b), (ii) e 4.2, (b).

surgem como instrumentos de promoção de comportamentos tidos como eficientes e não apenas como meios de compensar o lesado pelos danos sofridos. Trata-se de uma perspectiva em que a análise económica da indemnização contratual parece encontrar-se mais presente¹⁰¹⁰.

(b) Conteúdo da regra

Em especial, a limitação do direito ao cumprimento

Na discussão quanto ao conteúdo do *duty to mitigate* em que surge, designadamente, a questão da exigibilidade da celebração de negócios de cobertura¹⁰¹¹, encontramos num sector da doutrina e jurisprudência norte-americanas o entendimento porventura mais agressivo e invasivo da autonomia privada. A regra da *damage mitigation* é, de acordo com esta corrente, susceptível de condicionar o comportamento do lesado subsequente ao incumprimento, ao ponto de limitar a respectiva liberdade de escolha entre a manutenção e a resolução do contrato¹⁰¹². Esta ideia encontra-se reflectida nos comentários ao §350 do *Restatement*, na parte em que se afirma: «[O]nce a party has reason to know that performance by the other party will not be forthcoming, he is ordinarily expected to stop his own performance to avoid further expenditure».

Esta é uma matéria em que se verifica um afastamento significativo do Direito norte-americano do Direito inglês¹⁰¹³, de tal forma que, naquela ordem

¹⁰¹⁰ Veja-se, a propósito da indemnização contratual como instrumento de incentivo a determinado comportamento dos contraentes, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...cit.*, vol. I, p. 396 e ss.

¹⁰¹¹ A questões relacionadas com esta *obrigação* surgem, desde logo, na definição de «negócio de substituição». Outra questão frequentemente debatida quando estejam em causa lesões corporais é a da exigibilidade da sujeição do lesado a uma intervenção cirúrgica para minimizar os danos resultantes daquelas.

¹⁰¹² Para mais desenvolvimentos quanto a esta orientação veja-se supra, capítulo II, §1.4, 4.2, (b). Veja-se ainda sobre o controle jurisdicional do exercício pelas partes dos respectivos direitos, em especial do direito a fazer cessar unilateralmente o contrato, HOOLEY, Richard, «Controlling contractual discretion», *Cambridge Law Journal*, n.º 72, 2013, p. 65 a 90.

¹⁰¹³ Neste sentido, Williston, S., *A Treatise on the Law of Contracts*, 4.ª ed., por Richard A. Lord, vol. 23, Thomson, 2002, p. 657. Muito embora a 4.ª edição do volume 23 da obra *A Treatise on the*

jurídica, «(...) it is probable that very few courts would actually decide that after repudiation the injured party might continue performance where that continuance would cause an enhancement of damages»¹⁰¹⁴.

(i) Direito inglês

Como já tivemos oportunidade de referir acima, no Direito inglês a questão é controversa, o que resulta, em grande medida, desta leitura do *duty to mitigate* conflitar directamente com a afirmação, repetida pela doutrina e jurisprudência, de que, «[w]here one party has committed an anticipatory breach, the other has a choice» – entre a manutenção do contrato ou a sua resolução¹⁰¹⁵.

White and Carter teve o mérito de chamar a atenção para o resultado de uma aplicação cega e inflexível deste princípio, tornando imperativa a procura de outras soluções. Nesta tarefa, doutrina e a jurisprudência, procurando manter a coerência intra-sistemática do regime do incumprimento e, em especial, o princípio da liberdade de escolha do lesado, encontraram no princípio da culpa do lesado, enquanto princípio de causalidade na distribuição do dano, a solução. Não haveria assim um *dever* de pôr fim ao contrato e uma limitação (exclusão) do direito à manutenção, mas uma limitação do direito do credor a ser indemnizado pela exclusão, neste cálculo, dos danos que teria evitado se tivesse resolvido o contrato na sequência do incumprimento.

Neste quadro, CHITTY, muito embora mantendo a inaplicabilidade das regras da mitigação à escolha da parte lesada entre a resolução e a manutenção do contrato¹⁰¹⁶, reconhece alguma desconformidade com as mesmas quando se permite que a parte adimplente, conhecendo a ausência de interesse da

Law of Contracts seja da autoria de RICHARD A. LORD optámos, no presente texto, por manter a referência a WILLISTON.

¹⁰¹⁴ WILLISTON, S., *A Treatise...cit.*, vol. 23, p. 550.

¹⁰¹⁵ TREITEL, G.H., *The Law...cit.*, p. 846.

¹⁰¹⁶ *Chitty...cit.*, p. 1487.

contraparte, cumpra o contrato e obtenha uma indemnização superior à que obteria caso tivesse aceite o repúdio do contrato. Neste contexto, ao citar Lord Reid em *White and Carter* e a restrição proposta por este ao direito de manutenção do contrato pelo lesado com fundamento na existência de um interesse legítimo – para além da obtenção do preço do contrato em vez da indemnização por incumprimento, parece admitir alguma limitação da liberdade de escolha da parte lesada no remédio para o incumprimento¹⁰¹⁷.

(ii) Direito norte-americano

No tratado sobre Direito dos Contratos de WILLISTON, chama-se a atenção para o facto de a regra da *anticipatory repudiation*, em particular na parte em que reconhece à parte adimplente a faculdade de ignorar o repúdio do contrato pela contraparte, poder ser interpretada como uma causa de justificação para a violação da regra da *mitigation*¹⁰¹⁸.

Na leitura de WILLISTON, a regra da *anticipatory repudiation* não introduz qualquer desvio à regra da *mitigation*. O direito à manutenção deverá ser assim limitado por esta em função da análise do caso em concreto e, em particular, das consequências do respectivo exercício. Não o será necessariamente, já que, casos haverá em que a manutenção do contrato depois do repúdio não será geradora de um aumento dos danos¹⁰¹⁹.

Em regra, refere o Autor, quando ainda não tenha sido dado início ao cumprimento da prestação será mais adequado não o fazer. Em alguns casos, designadamente quando o não cumprimento implicar o fecho de uma fábrica e, bem assim, perdas significativas, deverá o devedor cumprir a obrigação, devendo ser indemnizado, em regra, pelo preço do contrato¹⁰²⁰. Nos casos em

¹⁰¹⁷ *Chitty... cit.*, p. 1488.

¹⁰¹⁸ *A Treatise...cit.*, vol. 23, p. 613.

¹⁰¹⁹ *A Treatise...cit.*, vol. 23, p. 613 e s.

¹⁰²⁰ *A Treatise...cit.*, vol. 23, p. 614 e s.

que, no momento do repúdio, já se deu início ao cumprimento do contrato, a solução poderá ser mais complexa, na medida em que parar o cumprimento pode significar a perda de tudo o que se fez até à data. Poderá, por isso, ser menos custoso continuar a cumprir o contrato.

A jurisprudência reflecte esta orientação, admitindo ou não a manutenção do contrato em função da ponderação das circunstâncias do caso concreto.

Em *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* (1938), o litígio tinha por objecto um contrato de empreitada para a construção de uma ponte, celebrado entre o município de Rockingham e a Luten Co. Numa fase ainda inicial dos trabalhos de construção da ponte, Rockingham repudiou o contrato. Luten continuou os trabalhos, construindo a ponte, tendo processado Rockingham por incumprimento do contrato e pedindo, a título de indemnização, o pagamento da totalidade do preço. Em primeira instância o tribunal deu provimento ao pedido de Luten. Esta decisão foi, posteriormente, contrariada, em recurso, com fundamento num dever de Luten de mitigar os danos decorrentes do incumprimento do contrato a partir do momento em que tomou conhecimento do repúdio deste por Rockingham. O tribunal não reconheceu a Luten o direito a manter o contrato na sequência do repúdio da contraparte, apenas o direito a ser indemnizada num montante correspondente ao valor dos custos suportados com a mão de obra e o material até ao momento em que recebeu a comunicação de Rockingham, acrescido dos lucros que teria tido se o contrato tivesse sido cumprido.

Já em *Northern Helix Co. v. United States* (1972), o tribunal, perante o repúdio de um contrato de fornecimento pelo comprador, determinou que o produtor poderia continuar a produzir e fornecer o hélio, nos termos do contrato celebrado. Na decisão foram decisivos diferentes factores, entre os quais o facto de a produção de hélio se encontrar inter-relacionada com outras operações, bem como o facto de o produtor não ter instalações de

armazenamento do hélio já produzido e, finalmente, a inexistência de compradores alternativos para o produto.

3.5. A doutrina da Efficient Breach

(a) A doutrina

A ideia de que «[a]long with your celebrated freedom to make contracts goes a considerable freedom to break them should you change your mind»¹⁰²¹ foi desenvolvida na doutrina norte-americana, entre outros, no âmbito da doutrina da *efficient breach*, nos termos da qual, *grosso modo*, cada uma das partes é livre, a todo o tempo, de se desvincular do contrato mediante o pagamento de uma indemnização.

Athos tem uma marcenaria cuja capacidade de produção lhe permite assumir ainda um grande projecto. Athos contrata com Porthos fornecer-lhe 100 cadeiras a um preço unitário de 10, o que corresponde a um lucro líquido para Athos de 2 por unidade ou de 200, pela totalidade do contrato. Antes de Athos dar início à execução do contrato, Aramis pergunta-lhe se estaria disposto a fornecer-lhe 50 mesas a um preço de 40 por unidade. Athos poderia obter com este negócio um lucro de 750, embora para o fazer tivesse de incumprir o contrato celebrado com Porthos. Embora não exista outra marcenaria que produza mesas, outras fabricam cadeiras, designadamente a de D'Artagnan. Se Porthos contratasse a produção das cadeiras com D'Artagnan teria de pagar um preço 20% superior ao que pagaria a Athos, tendo igualmente de suportar um custo de 100 relacionado com despesas administrativas e outros custos resultantes da obtenção das cadeiras mais tarde em relação ao inicialmente previsto. Todavia, mesmo somando todos estes elementos, o custo total para Porthos do incumprimento do contrato por Athos seria de 300. Ora, Athos pode

¹⁰²¹ FARNSWORTH, E., *Changing...cit.*, p. 110.

indemnizá-lo de tais custos e obter ainda um lucro líquido de 450. Parte-se ainda do princípio de que Porthos pode facilmente obter as cadeiras no mercado, isto é, de que se trata de um bem facilmente acessível. Este é o exemplo, retirado de P. LINZER, que nos propõe I. MCNEIL para ilustrar a doutrina da *efficient breach*¹⁰²².

Em traços largos, pode-se dizer que a doutrina da *efficient breach of contract* admite e incentiva o incumprimento do contrato, mediante indemnização da contraparte, quando tal solução se revele economicamente mais eficiente^{1023/1024}. Assim, se os benefícios retirados pelo devedor do incumprimento excederem os danos provocados ao credor, o incumprimento é encorajado com base na ideia de que conduz a uma maximização da utilização dos recursos. É assim reconhecida ao devedor a faculdade de optar pelo incumprimento sempre que esteja em condições de pagar ao credor aquilo que a doutrina designa por *expectation damages*, isto é, uma indemnização que coloque o credor na posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido (interesse contratual positivo). A final, o credor deve encontrar-se numa situação idêntica – do ponto de vista patrimonial – à que estaria se o contrato tivesse sido cumprido e o devedor numa situação melhor. Trata-se portanto de uma solução eficiente do ponto de vista de Pareto. O direito ao incumprimento tem pois, neste contexto, por fundamento uma ideia de eficiência económica.

A origem da doutrina é em geral reconduzida a O. HOLMES, inserindo-se num quadro mais amplo da concepção do Direito defendida por este juiz,

¹⁰²² «Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky», *Virginia Law Review*, n.º 68, Maio de 1982, p. 948.

¹⁰²³ Atendendo a que o interesse fundamental da teoria da *efficient breach*, para o presente estudo, reside na perspectiva desta enquanto desvio ao princípio da força obrigatória do contrato, não serão tidos em conta na nossa análise daquela alguns elementos, designadamente custos de transacção, apesar de, como salienta I. MACNEIL, serem fundamentais na determinação do instrumento que as partes escolhem para atingir o resultado mais eficiente («Efficient...*cit.*», p. 950 e ss.).

¹⁰²⁴ Neste sentido, ATIYAH, P.S., *An Introduction...cit.*, p. 428 e HARRIS, Donald, CAMPBELL, David and HALSON, Roger, *Remedies...cit.*, p. 11 e ss.

assente numa forte contraposição com a ordem moral^{1025/1026/1027}. Segundo O. HOLMES, encontrar-se vinculado a um contrato em *common law* significa apenas que o devedor que não cumpre as suas obrigações se encontra obrigado a compensar o credor lesado. Na prática, o devedor teria sempre a opção entre o cumprimento do contrato e o pagamento de uma indemnização¹⁰²⁸. O incumprimento consubstanciaria apenas o exercício deste direito de opção, espoletando somente uma obrigação de indemnizar. Não constituiria pois um *wrongful act*, nem tão pouco a violação de uma obrigação, na medida em que o devedor se obrigou a cumprir *ou* a pagar uma indemnização¹⁰²⁹.

Tendo surgido nos Estados Unidos com O. HOLMES, em finais do século XIX, apenas no final dos anos 1960s, com a *law and economics*, foi a doutrina objecto de uma teoria jurídica, sendo as respectivas bases, enquanto parte da

¹⁰²⁵ O. HOLMES chama a atenção para uma certa promiscuidade entre Direito e Moral, especialmente marcada no campo do Direito dos Contratos e visível, desde logo, na concepção do contrato como um acordo de vontades. A contaminação transpareceria igualmente na terminologia usada na lei, frequentemente importada da Moral (dever, intenção, negligência, má fé, entre outros), geradora de confusão e de transições imperceptíveis de uma área para a outra. Com vista a diminuir este risco, O. HOLMES propõe banir do discurso jurídico todo o vocabulário retirado do universo da moralidade, de forma a eliminar a *confusão* entre as duas áreas («The Path of the Law», *Harvard Law Review*, n.º 10, Março de 1897, p. 459, 460 e 464). POSNER, seguidor da doutrina holmesiana, numa tentativa de esclarecer a fronteira entre a Moral e o Direito, defendeu a atribuição a determinados conceitos utilizados no Direito, como *boa fé*, *culpa*, de um significado puramente económico e prático (veja-se «Let us never blame a contract breaker», *Michigan Law Review*, n.º 107, Junho de 2009, p. 1349 a 1363). Para mais desenvolvimento sobre a posição de O. HOLMES quanto à distinção entre Direito e Moral, veja-se o artigo «The Path...*cit.*», p. 457 a 478.

¹⁰²⁶ A teoria holmesiana será aqui apenas abordada no estrito âmbito do Direito dos Contratos. Não analisaremos portanto, designadamente, a questão da distinção entre o Direito dos Contratos e o Direito da Responsabilidade Civil (*tort* e *contract law*) no que diz respeito ao papel da culpa, matéria a que o Autor se dedicou extensamente.

¹⁰²⁷ Note-se que a designação *efficient breach* surge apenas muito posteriormente, em 1977, com Charles J. GOETZ e Robert E. SCOTT no artigo «Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach», *Columbia Law Review*, n.º 77, 1977, p. 554 e ss.

¹⁰²⁸ A formulação mais conhecida da teoria será: «[t]he duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else» (HOLMES, Oliver Wendell, Jr., «The Path...*cit.*», p. 462).

¹⁰²⁹ Neste sentido, POSNER, R., «Let...*cit.*», p. 1350.

análise económica do Direito, reconduzidas a R. BIRMINGHAM¹⁰³⁰. Nos anos 1970s a doutrina surge nas obras essenciais da análise económica do Direito¹⁰³¹, tendo-se expandido, nas últimas décadas, para a literatura jurídica anglo-saxónica¹⁰³². Com efeito, muito embora a influência da *efficient breach* no Direito norte-americano seja mais significativa do que no Direito anglo-saxónico, sendo frequentes as referências que encontramos na jurisprudência¹⁰³³, a verdade é que o regime jurídico das sanções por incumprimento vigente nos Direitos de *common law*, em geral, é em grande medida compatível – ou mesmo favorável – com a *efficient breach*. Veja-se, neste sentido, entre outros, o papel atribuído à *specific performance*¹⁰³⁴, bem como a irrelevância da intenção do devedor inadimplente no incumprimento para efeitos de determinação do montante indemnizatório e, ainda, finalmente, a proibição de cláusulas penais¹⁰³⁵.

Em meados dos anos 80 surge uma versão mais moderna da doutrina da *efficient breach*, resultante da destrição realizada entre casos de incumprimento

¹⁰³⁰ BIRMINGHAM parte da observação de que em casos de incumprimento contratual, a preocupação dos tribunais não consiste tanto em incentivar o cumprimento, mas em assegurar a indemnização do credor lesado, o que abre a porta à noção de violação lucrativa. Esta última, consubstanciando uma situação mais eficiente do ponto de vista económico do que o cumprimento, deve, de acordo com o Autor, ser incentivada, designadamente pelo regime jurídico que define as sanções para o incumprimento («Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency», *Rutgers Law Review*, 24, 1970, p. 273 a 284).

¹⁰³¹ Veja-se, designadamente, a obra de POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, em que o Autor analisa diferentes casos de incumprimento eficiente do contrato, seja por aquele comportamento impedir um dano superior, seja por permitir um lucro superior ao que resultaria do cumprimento, entre outros (*Economic Analysis of Law*, 6.ª ed., Aspen Publishers, 2003, p. 119 e ss).

¹⁰³² Veja-se, entre outros, ATIYAH (*An Introduction...cit.*, p. 428 e ss.), BEALE, HARRIS, CAMPBELL e HALSON (*Remedies...cit.*, p. 11 e ss.).

¹⁰³³ Veja-se, neste sentido, LAITHIER, Y.-M., *Étude...cit.*, p. 490 e 491.

¹⁰³⁴ De facto, para alguns Autores a regra da subsidiariedade da *specific performance* resultaria da teoria da *efficient breach*, já que para os defensores desta é desejável que os tribunais não condenem o devedor ao cumprimento sempre que o incumprimento se revele mais vantajoso, considerados os interesses de ambas as partes de forma global. Veja-se, quanto a este ponto, ATIYAH, P.S., *An Introduction...cit.*, p. 428.

¹⁰³⁵ Sobre a distinção entre cláusulas de fixação prévia dos danos estimados – permitidas – e cláusulas penais, veja-se CAMPBELL, David, HARRIS, Donald e HALSON, Roger, *Remedies...cit.*, p. 134 e ss.

eficiente e de *opportunistic breach*¹⁰³⁶. Consubstanciaríamos *opportunistic breach* as situações em que o devedor incumprir apenas para se aproveitar do estado de vulnerabilidade em que o credor se encontra em determinado momento da execução do contrato. Tal será o caso em que A, que se encontra obrigado a cumprir apenas depois de B, depois de receber o pagamento deste último, não lhe entrega o objecto do contrato, vendendo-o antes a C. Este comportamento, afirma POSNER, não tem qualquer justificação económica e deve ser condenado¹⁰³⁷. O remédio adequado aqui não será a indemnização, mas a restituição do bem devido ou de quaisquer benefícios resultantes do incumprimento¹⁰³⁸.

(b) Críticas e objecções

Ainda que relativamente popular, a doutrina da *efficient breach* tem sido, ao longo dos tempos, alvo de um conjunto de objecções e críticas.

MACNEIL, reportando-se ao exemplo acima referido, chama a atenção para o facto de não se poder retirar, sem mais, da constatação de que para Athos é mais vantajoso produzir mesas em vez de cadeiras, a conclusão de que o incumprimento é a solução mais eficiente. Tal conclusão, não tem em conta, designadamente, a existência de outros meios pelos quais o mesmo resultado pode ser alcançado, como a negociação entre Athos e Porthos para pôr fim ao contrato por meio do pagamento de uma compensação a este último. A

¹⁰³⁶ POSNER, R., *Economic...cit.*, p. 118 e s.

¹⁰³⁷ POSNER, R., *Economic...cit.*, p. 118.

¹⁰³⁸ Veja-se ainda, quanto à doutrina da *efficient breach*, DOBBS, Dan B., *Law of Remedies. Damages – Equity – Restitution*, 2.^a ed., West Publishing, 1993, p. 33 e ss.; ATIYAH, P.S., *Essays on Contract*, Clarendon Press, 1996, p. 57 a 72; WARKOL, Craig S., «Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal Fact: The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach», *Cardozo Law Review*, n.º 20, Setembro de 1998, p. 321 a 353; MENETREZ, Frank, «Consequentialism, Promissory Obligation, and the Theory of Efficient Breach», *UCLA Law Review*, n.º 47, Fevereiro de 2000, p. 859 a 885; e ADLER, Barry E., «Efficient Breach Theory Through the Looking Glass», *New York University Law Review*, n.º 83, 2008, p. 1679 a 1725.

conclusão da teoria da *efficient breach* seria, por isso, segundo MACNEIL, falaciosa¹⁰³⁹.

FRIEDMANN aponta uma outra falácia, que se encontraria na base da teoria defendida por O. HOLMES, assente na assumpção de que o remédio indemnizatório constitui um substituto adequado para o direito do credor. Ora, salienta o Autor, o objectivo, a finalidade dos remédios é permitir ao credor reivindicar o seu direito, a respectiva satisfação e não a sua substituição¹⁰⁴⁰.

Também a distinção traçada entre *opportunistic* e *efficient breach* é criticada com base na respectiva incompatibilidade com a doutrina da *efficient breach*¹⁰⁴¹. Esta desconformidade resultaria de o remédio proposto para os casos de *opportunistic breach* – a restituição ao credor de todos os ganhos que o devedor tenha obtido com o incumprimento – consubstanciar uma solução diametralmente oposta à propugnada pela teoria da *efficient breach*, nos termos da qual o devedor inadimplente deve ficar com os ganhos resultantes do incumprimento depois de ter indemnizado o credor.

Finalmente, é ainda apontada à *efficient breach* a desconsideração de dois factores essenciais na apreciação da *eficiência* da violação. De um lado, os limites da compensação pecuniária e, de outro, os custos de transacção envolvidos. Quanto ao primeiro elemento, aponta-se que em alguns casos a compensação pecuniária atribuída não corresponderá ao dano efectivamente sofrido pelo credor, seja por o prejuízo juridicamente reparável ser inferior ao real, designadamente por determinados danos não patrimoniais não serem contabilizados, seja pela impossibilidade/dificuldade de prova de determinados

¹⁰³⁹ MACNEIL, Ian R., «Efficient...*cit.*», p. 950 e ss.

¹⁰⁴⁰ «The Efficient Breach Fallacy», *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, n.º 1, Janeiro de 1989, p. 1. FRIEDMANN chama ainda a atenção para a dificuldade de confinar a doutrina de Holmes ao universo contratual. A possibilidade de o devedor «comprar» o incumprimento poder-se-ia, em última instância, estender a todo o sistema jurídico, de tal forma que o indivíduo pudesse sempre optar entre o cumprimento da lei e a respectiva violação mediante o pagamento de um preço. O sistema jurídico seria desta forma constituído por uma tabela de preços, que variaria de forma a incentivar em maior ou menor grau o cumprimento da lei.

¹⁰⁴¹ Neste sentido, FRIEDMANN, D., «The Efficient...*cit.*», p. 3.

prejuízos. Por outro lado, em regra, os custos de transacção, ligados à cessação do contrato ou decorrentes da celebração de um novo contrato pelo credor, para satisfazer os seus interesses, seriam frequentemente minimizados ou mesmo ignorados na determinação da eficiência da decisão de incumprir.

(c) Considerações finais

A doutrina da *efficient breach* assenta numa concepção do Direito nos termos da qual a força obrigatória do negócio jurídico não se funda já no princípio *pacta sunt servanda*, nem num princípio *moral* da fidelidade à palavra dada, mas sim na respectiva racionalidade económica¹⁰⁴². O justo é aqui identificado com o economicamente eficiente¹⁰⁴³.

Ora, a verdade é que a eficiência não é, nem pode ser, o único critério de determinação do justo, sendo necessário nesta tarefa ter em conta outros valores reconhecidos pelo Direito, sob pena de se considerar justo o furto de um objecto quando o ladrão o valorize mais que o proprietário¹⁰⁴⁴. A questão que aqui se coloca é, no fundo, do peso relativo dos diferentes critérios e interesses relevantes e, em particular, a prevalência da eficiência económica sobre os princípios gerais do Direito.

Verificado determinado conjunto de circunstâncias, a *efficient breach* incentiva o devedor a incumprir as suas obrigações, a trair a confiança que o credor depositou no cumprimento. Ora, este é um comportamento que tanto

¹⁰⁴² STOFFEL-MUNCK, Phillipe, «Le contrôle...cit.», p. 75.

¹⁰⁴³ Nesta linha, POSNER reconhece ao termo *justiça* um segundo significado - para além do de justiça distributiva - o de eficiência: «[a] *second meaning of justice, perhaps the most common, is – efficiency*» (*Economic...cit.*, p. 27).

¹⁰⁴⁴ Apesar de concluir no sentido do parco peso da força moral de uma promessa quando o devedor opte por incumprir, indemnizando o credor, por esta solução se revelar mais lucrativa quando comparada com o cumprimento, ATIYAH reconhece que «(...) *the law is not strictly concerned with economic efficiency arguments (...)*» (*An Introduction...cit.*, p. 428).

filósofos utilitaristas, como não utilitaristas, condenam¹⁰⁴⁵. Por outro lado, sempre se dirá que o incentivo ao incumprimento perturba a segurança jurídica e, desta forma a paz social, na medida em que diminui drasticamente a protecção das expectativas no cumprimento do contrato.

Tal não significa todavia que a teoria deva ser rejeitada na sua totalidade e que não se retirem da mesma elementos e instrumentos úteis para a nossa discussão. A doutrina da *efficient breach* pode, em particular, promover nas ordens jurídicas de *civil law* o reforço de considerações de ordem económica nas decisões judiciais, designadamente na escolha da sanção aplicável ao devedor inadimplente. De entre os diferentes factores a atender na determinação da execução forçada do contrato ou da execução por equivalente, ou entre a reparação em natureza e a pecuniária, podem ser tidos em conta, designadamente, o prejuízo sofrido com o incumprimento do contrato pelo credor, o custo da execução forçada do contrato ou da indemnização em natureza e o benefício que o credor daí retirará¹⁰⁴⁶. Trata-se aqui de reforçar¹⁰⁴⁷ a relevância de considerações de ordem económica no juízo de determinação da sanção aplicável¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ Assim, HUME, na secção VIII do livro terceiro (*of Morals*) do *Treatise of Human Nature*, dedicado à *source of allegiance*, reconhece no cumprimento da obrigação uma das três regras necessárias à manutenção da vida em sociedade: «[b]ut though it be possible for men to maintain a small uncultivated society without government, it is impossible they should maintain a society of any kind without justice, and the observance of those three fundamental laws concerning the stability of possession, its translation by consent, and the performance of promises. (...) To perform promises is requisite to beget mutual trust and confidence in the common offices of life». D. HUME continua, afirmando que «[i]t is the same principle, which causes us to disapprove of all kinds of private injustice, and in particular of the breach of promises. We blame all treachery and breach of faith; because we consider, that the freedom and extent of human commerce depend entirely on a fidelity with regard to promises» (disponível em http://www.gutenberg.org/catalog/world/readfile?fk_files=2929171). Também J.S. MILL afirma «[t]he important rank, among human evils and wrongs, of the disappointment of expectation, is shown in the fact that it constitutes the principal criminality of two such highly immoral acts as a breach of friendship and a breach of promise» («Utilitarianism», *Utilitarianism and Other Essays*, Penguin Classics, 1987, p. 334).

¹⁰⁴⁶ Neste sentido, LAITHIER, Y.-M., *Étude...cit.*, p. 91.

¹⁰⁴⁷ Falamos em reforço por a ponderação de tais elementos não ser algo de estranho, desconhecido ou recente nas ordens jurídicas romano-germânicas.

¹⁰⁴⁸ Para mais desenvolvimentos quanto ao impacto da doutrina da *efficient breach* nos Direitos romano-germânicos, veja-se SCALISE, Ronad J. Jr., «Why no “Efficient Breach” in the Civil Law?»

Refira-se finalmente que, muito embora nos Direitos de *common law* o carácter vinculativo do contrato não assente primacialmente no princípio *pacta sunt servanda*, mas na *doctrine of consideration*^{1049/1050/1051}, algumas regras e orientações, surgidas mais recentemente, parecem colidir com a doutrina da *efficient breach*. Assim, por exemplo, o caso da *specific performance* cujo âmbito de aplicação, como vimos, se tem vindo a alargar¹⁰⁵². Igualmente, refere FRIEDMANN, têm vindo a aumentar o número de casos em que tanto a doutrina, como a jurisprudência consideram que a indemnização devida pelo devedor

A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract», *American Journal of Comparative Law*, 55, Outono de 2007, p. 721 a 766

¹⁰⁴⁹ A determinação do carácter vinculativo de uma obrigação é hoje ainda uma questão central do Direito dos Contratos em *common law*, constituindo a *doctrine of consideration* a resposta mais consensual. A doutrina desenvolveu-se especialmente nos séculos XV e XVI, impondo como pressuposto da força obrigatória de um compromisso a existência de um *quid pro quo*, uma contrapartida (FARNSWORTH, E., *Changing...cit.*, p. 46). Assim, enquanto nos direitos da família romano-germânica a obrigatoriedade resultaria tão-somente do encontro de uma proposta com a respectiva aceitação, em *common law* exige-se, em regra, a presença adicional de um terceiro elemento, a *consideration*, entendida enquanto contrapartida da promessa contratual (ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos...cit.*, I, p. 37, nota de rodapé n.º 41). O carácter vinculativo do contrato resultaria assim do respectivo aspecto económico, comercial. Muito embora doutrina e jurisprudência discutam os requisitos necessários à qualificação de uma contrapartida como *consideration*, exige-se, em regra, que aquela consubstancie um *detriment* para o promitente ou, em alternativa, um *benefit* para o promissário. Em síntese, dir-se-á que a vontade de vinculação não confere, *per se*, força obrigatória ao contrato: «[o]nly those promises which are supported by a legal consideration are legally binding; other promises are not binding, even if the promisor intends to bind himself to his promise» (ATIYAH, P.S., *An Introduction...cit.*, p. 118). Em consequência, quando não exista *consideration* poderá ser reconhecida à obrigação força moral, mas não legal. Importa todavia ainda chamar a atenção para o facto de, muito embora esta doutrina surgir como a regra em *common law*, a verdade é que o seu âmbito é restringido de forma significativa por um conjunto de excepções em que doutrina e jurisprudência reconhecem força vinculativa ainda que na ausência de *consideration*. Por outro lado, deve-se referir ainda que alguma doutrina rejeita no seu todo esta orientação. Veja-se, quanto a este último ponto, ATIYAH, P.S., *An Introduction...cit.*, p. 74 e 149 e ss. Veja-se ainda, quanto à força vinculativa do contrato e, em especial, ao papel desempenhado pela moral e pela religião neste âmbito, PARRY, David Hughes, *The Sanctity of Contracts in English Law*, Stevens & Sons Limited, 1959.

¹⁰⁵⁰ O n.º 1 do § 17 do *Restatement (Second) of Contracts*, determina que «[e]xcept as stated in Subsection (2), the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration (...)».

¹⁰⁵¹ Em resultado da natureza e objecto do presente estudo não desenvolveremos aqui a problemática dos modelos de formação dos contratos, remetendo, quanto a esta matéria para ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos...cit.*, I, p. 111 e ss. Para mais desenvolvimentos sobre os fundamentos da força vinculativa do contrato em *common law*, veja-se os §71 e seguintes do *Restatement (Second) of Contracts* e respectivos comentários. Veja-se, igualmente, TREITEL, G.H., *The Law...cit.*, p. 74 e ss; e FARNSWORTH, E., *Changing...cit.*, p. 43 e ss.

¹⁰⁵² Veja-se *supra*, capítulo II, §1.4, 4.2., (c).

inadimplente não deve ser determinada com base na expectativa do credor no cumprimento do contrato, mas sim nos ganhos do devedor resultantes do incumprimento¹⁰⁵³.

§3.2. NO DIREITO NACIONAL

Analisados alguns casos de limitação do direito à manutenção do contrato em ordens jurídicas estrangeiras, prosseguiremos com o estudo do tratamento da questão no Direito nacional, começando pela análise da admissibilidade da limitação daquele direito com recurso à figura da *damage mitigation*, à semelhança do que encontramos no Direito norte-americano.

1. Em especial, *Damage Mitigation* no Direito Nacional

Estudados os contornos gerais da *damage mitigation* em *common law*, pretendemos agora esclarecer em que medida é que, no quadro do Direito nacional, esta figura pode limitar o direito à manutenção do contrato e criar um *dever* de o credor resolver o contrato. A abordagem desta questão encontra-se, todavia, dependente da resposta a uma outra, prévia, relativa à admissibilidade e existência de um princípio de minimização de danos semelhante àquele que encontramos nas ordens jurídicas de *common law*.

Começaremos assim por esclarecer em que medida é que é possível falar de *damage mitigation* no sistema jurídico português.

1.1. Um princípio de reconhecimento generalizado

O princípio segundo o qual a parte lesada não tem direito a ser indemnizada pelos danos que poderia ter evitado adoptando um comportamento razoável tem vindo a ser acolhido nos instrumentos de regulação dos contratos comerciais internacionais, designadamente na

¹⁰⁵³ «The Efficient...*cit.*, p. 19. FRIEDMANN refere ainda outros exemplos de regras existentes em *common law* que chocam com a teoria da *efficient breach*.

Convenção de Viena – artigo 77.º («*mitigation of loss*»)¹⁰⁵⁴, nos Princípios Unidroit – artigo 7.4.8 («*mitigation of harm*»)¹⁰⁵⁵ – e nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos – artigo 9:505 («*reduction of loss*»)¹⁰⁵⁶.

Também em algumas ordens jurídicas da família romano-germânica encontramos manifestações deste princípio. Assim, no *Codice Civile*, o parágrafo 2 do artigo 1227.º, sob a epígrafe «*Concorso del fatto colposo del creditore*», determina que «[i]l risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza». No BGB, o §254 (1), sob a epígrafe, «*Mitverschulden*», determina que quando o comportamento da parte lesada tenha contribuído para a produção ou agravamento do dano, o montante da indemnização dependerá do caso concreto, em especial, da medida em que cada uma das partes tenha provocado o dano¹⁰⁵⁷.

Trata-se pois de um princípio com uma aceitação significativa não só nos Direitos de *common law*, como em instrumentos de regulação contratual internacional, bem como em ordens jurídicas da família romano-germânica.

Já no que respeita ao reconhecimento de um dever de mitigar, todavia, apenas a Convenção de Viena é clara, ao determinar que «[a] party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate loss (...)».

¹⁰⁵⁴ Dispõe o artigo 77.º da Convenção: «A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated».

¹⁰⁵⁵ Dispõe o artigo 7.4.8: «(Mitigation of harm) (1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm».

¹⁰⁵⁶ Dispõe o artigo 9:505: «Reduction of Loss (1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss».

¹⁰⁵⁷ Dispõe o §254 (1): «*Mitverschulden*»: «(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist». Note-se que a redacção do artigo se manteve inalterada com a *Modernisierung*.

1.2. A admissibilidade da obrigação de minimização de danos na ordem jurídica nacional

Numa primeira leitura, o artigo 570.º do CC, ao regular as consequências na obrigação de indemnizar do concurso de um facto culposo do lesado para a produção ou agravamento dos danos, parece conter uma norma aplicável à matéria em análise. Começaremos então por aqui.

1.2.1. O artigo 570.º

Estado da arte

(a) O n.º 1 do artigo 570.º do Código Civil

A *culpa do lesado*, enquanto figura consagrada no n.º 1 do artigo 570.º do CC, apesar de frequentemente utilizada pela jurisprudência tem, todavia, sido objecto de pouca atenção pela doutrina, designadamente no que diz respeito à sua aplicação no âmbito contratual¹⁰⁵⁸.

(i) Aplicação do n.º 1 do artigo 570.º à responsabilidade contratual

A inserção sistemática do artigo 570.º aponta no sentido de se tratar de um preceito de aplicação geral. Neste sentido, refere ANTUNES VARELA que a inserção da obrigação de indemnização como modalidade autónoma no capítulo III do Livro II do CC, corresponde a uma inovação do Código de 1966 que procurou pôr em relevo os traços comuns da obrigação de indemnizar seja

¹⁰⁵⁸ O tratamento mais significativo da matéria foi realizado por BRANDÃO PROENÇA n' *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual* que, todavia, limita a sua análise – salvo algumas referências pontuais ao domínio contratual – à responsabilidade extracontratual.

por incumprimento, seja pela prática de um facto ilícito¹⁰⁵⁹. Com efeito, no Código de Seabra a responsabilidade por incumprimento do contrato encontrava-se regulada nos artigos 705.º e seguintes e a responsabilidade civil nos artigos 2361.º e seguintes, à semelhança do que ainda hoje sucede, por exemplo, no Código Civil italiano que dedica os artigos 1218.º e ss. à responsabilidade por incumprimento de obrigações e os artigos 2043.º e ss. à responsabilidade civil.

A maioria da doutrina portuguesa entende pois ser o n.º 1 do artigo 570.º aplicável à responsabilidade contratual, admitindo-se, em termos gerais, que «(...) o responsável pode alegar e provar a contribuição “culposa” do lesado para o dano, em qualquer pedido de indemnização fundamentado em responsabilidade pré-contratual, contratual ou extracontratual»^{1060/1061}.

Note-se que quando se afirma a aplicação do artigo 570.º à responsabilidade contratual nos referimos apenas ao n.º 1 do mesmo, já que o n.º 2 é claramente inaplicável. Se assim não fosse, em resultado da presunção do n.º 1 do artigo 799.º, tal redundaria numa inversão do ónus da prova, vendo-se o credor obrigado a provar a culpa do devedor no incumprimento, sob pena de ver o seu direito à indemnização excluído.

Sendo pacífica a aplicação do n.º 1 do artigo 570.º à responsabilidade contratual, o passo que se segue prende-se com a determinação das situações (contratuais) reconduzíveis à previsão constante desta disposição. Pretende-se desta forma, em particular, esclarecer se a ausência de acção do credor no sentido de minimizar os danos decorrentes do incumprimento contratual pode

¹⁰⁵⁹ VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, I, p. 876 e s. Reconduzindo a sistemática do Código Civil de 1966 ao modelo do BGB e a uma construção pandectística da obrigação de indemnizar, veja-se PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Almedina, 1997, p. 48.

¹⁰⁶⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta...cit.*, p. 30 e 49, nota de rodapé n.º 93.

¹⁰⁶¹ Veja-se ainda, neste sentido, o acórdão do STJ de 13.07.2010, proc. n.º 5492/04.6TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

ser reconduzida à previsão do n.º 1 do artigo 570.º e se, a final, se pode reconhecer nesta disposição o instituto de *damage mitigation*.

(ii) Os requisitos de accionamento da disposição

Em especial, a culpa do lesado

A aplicação do artigo 570.º depende da concorrência de dois elementos, um nexo de concausalidade entre a conduta do lesante e do lesado para a produção e/ou agravamento do dano e um facto culposo do lesado.

O conceito de «*facto culposo do lesado*» é o que no artigo 570.º mais dúvidas suscita, sendo determinante, em particular, o esclarecimento do sentido do termo *culpa* que é, aliás, criticado pela maioria esmagadora da doutrina.

É, em geral, censurada na literatura jurídica a falta de rigor na escolha do termo pelo legislador, com base na premissa de que a culpa pressupõe a ilicitude e no facto de o acto do lesado – auto-danoso – não constituir um ilícito. Assim, PESSOA JORGE reconhece no 570.º apenas um princípio de causalidade, de imputação de danos, já que a diminuição de *culpabilidade* do agente depende apenas de o lesado ter sido *concausa* do dano, independentemente de o comportamento ter sido ilícito, i.e., de ter violado um dever. A ilicitude não é, para o Autor, requisito de aplicação do artigo 570.º, n.º¹⁰⁶².

A maioria da doutrina entende todavia, com ANTUNES VARELA, que o termo é utilizado pela lei *em termos mais sugestivos do que rigorosos*. A referência à culpa surgiria como forma de afastar um puro nexo mecânico-causal para a aplicação do artigo 570.º, introduzindo, como requisito adicional, o carácter *censurável* da conduta do lesado, isto é, a presença de dolo ou negligência. Não bastaria assim o nexo de causalidade entre a conduta do lesado e o dano,

¹⁰⁶² *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, 3.ª reimp. da edição de 1968, Almedina, 1999, p. 360. Encontrando, igualmente, no artigo 570.º uma mera regra de imputação de danos, veja-se GERALDES, Sara, «A culpa do lesado», *O Direito*, n.º 141, 2009, II, p. 340.

exigindo a lei a censurabilidade da respectiva actuação. A utilização do termo seria meramente sugestiva na medida em que a culpa pressupõe ilicitude (um facto danoso para outrem) e, na generalidade dos casos abrangidos pelo 570.º, não haveria acto ilícito do lesado. Isto porque, no entender de ANTUNES VARELA, a norma do 570.º visaria proteger interesses próprios e não alheios. Admite todavia o Autor a possibilidade de ilícito quando, depois de provocado o dano pelo lesante, o lesado o agrave. Nestes casos poder-se-ia falar da violação, pelo lesado, de *um dever (acessório de conduta) do lesado de não agravar as consequências do dano a cargo do lesante*^{1063/1064}.

(iii) O conteúdo do facto do lesado

A maioria dos Autores refere como critério de aferição da diligência do lesado o comportamento que uma pessoa medianamente razoável adoptaria no seu próprio interesse, chamando a atenção para a necessidade imperiosa de atender às circunstâncias do caso em concreto¹⁰⁶⁵. Assim, refere VAZ SERRA, não obstante o critério norteador da apreciação do comportamento do lesado ser o de uma pessoa mediana, aquele «(...) *não pode ser obrigado a tomar certas medidas, só porque uma pessoa medianamente razoável as teria tomado*»¹⁰⁶⁶.

Pode-se ainda questionar se o facto culposo do lesado engloba tanto acções deste como omissões. A doutrina dominante responde afirmativamente a esta questão¹⁰⁶⁷, muito embora parte, entendendo não se encontrar a hipótese da omissão inclusa na previsão do artigo 570.º, recorra por isso ao princípio da

¹⁰⁶³ *Das Obrigações...cit.*, I, p. 917 e s., nota de rodapé n.º 3. Veja-se ainda, do mesmo Autor, a anotação ao acórdão de 09.02.1968, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102, p. 58.

¹⁰⁶⁴ VAZ SERRA, na mesma linha, reconduz o termo culpa à noção de censurabilidade do comportamento do lesado, i.e., verificação de dolo ou negligência, porque não há violação de um interesse alheio e, logo, incumprimento de um dever («Conculpabilidade do prejudicado», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 86, Maio de 1959, p. 136).

¹⁰⁶⁵ Veja-se, por todos, SERRA, Adriano Vaz, «Conculpabilidade...cit.», p. 149.

¹⁰⁶⁶ SERRA, Adriano Vaz, «Conculpabilidade...cit.», p. 152.

¹⁰⁶⁷ Assim, SERRA, Adriano Vaz, «Conculpabilidade...cit.», p. 140; e PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta...cit.*, p. 645 e s.

boa fé como instrumento para estender aquela disposição a estes casos¹⁰⁶⁸. Em sentido diverso, considerando a hipótese da omissão contida na previsão do artigo 570.º, ainda que de forma não expressa, entende BRANDÃO PROENÇA não ser tal expediente necessário¹⁰⁶⁹.

(iv) A ratio do artigo 570.º, n.º 1

A maioria da doutrina não se alonga sobre o fundamento da previsão do artigo 570.º, n.º 1, sendo em geral feitas apenas referências vagas ao princípio da boa fé ou a uma ideia de justiça.

Assim, PINTO MONTEIRO justifica a solução do artigo 570.º, de reduzir ou excluir a indemnização, à luz de um critério de justiça baseado na censurabilidade do comportamento do lesado¹⁰⁷⁰.

CALVÃO DA SILVA encontra o fundamento da *culpa do lesado* no princípio da boa fé: exigir os danos que poderia ter evitado consubstanciaria *venire contra factum proprium*¹⁰⁷¹.

BRANDÃO PROENÇA, no extenso estudo dedicado à conduta do lesado como pressuposto de aplicação e critério de imputação do dano extracontratual, enfatiza a noção de *autoresponsabilidade do lesado* como elemento central da *culpa do lesado*. O lesado deverá ser responsável pelos danos que tenha gerado com a sua conduta livre e consciente. Exige-se assim, com o requisito da culpa que o lesado «(...) tenha consciência desse agir pouco cuidadoso e das suas potencialidades autodanosas(...)»¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁸ Assim, PINTO MONTEIRO, interpretando o n.º 1 do artigo 570.º à luz do princípio da boa fé e de um dever de afastar e/ou de minorar o dano que deste decorreria, entende que consubstanciará um facto culposo «(...) a omissão do dever de afastar ou minorar o dano» (*Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, Separata do volume XXVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1985, p. 92).

¹⁰⁶⁹ *A Conduta...cit.*, p. 646 e s.

¹⁰⁷⁰ *Cláusulas...cit.*, p. 91 a 93.

¹⁰⁷¹ *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, 1990, p. 733 e s.

¹⁰⁷² *A Conduta...cit.*, p. 418 e ss. e p. 831.

Consoante a leitura que se tenha do n.º 1 do artigo 570.º pode-se ainda discutir os interesses que se procura tutelar, se a protecção dos interesse da parte inadimplente – limitando a sua obrigação de indemnização, se os do lesado – incentivando a não produção/agravamento de danos na sua esfera. A estes interesses, em qualquer caso, poder-se-ão sempre somar outros de natureza pública associados a preocupações de natureza sócio-económica relacionadas, designadamente, com a prevenção do desperdício de recursos, impondo a mitigação quando a contenção do dano surja como mais eficiente, numa lógica de ponderação de custos e benefícios.

(b) A contenção do dano: dever ou ónus?

Uma das questões discutidas a propósito do artigo 570.º prende-se com a qualificação da situação jurídica do lesado. Discute-se se se trata de um *dever* de actuação do lesado, isto é, se ao lesado é exigível que actue de forma a atenuar as consequências do dano que lhe foi causado, ou se, pelo contrário, se trata de um *ónus*, isto é, se a mitigação dos danos tem como único efeito o não suportar pelo lesado das consequências que adviriam da adopção de outro comportamento.

(i) A recusa de um dever de mitigação

Para alguma doutrina seria mais correcto falar-se de um *ónus* ou *encargo* (consoante a terminologia) da parte lesada cuja (não)realização se reflectiria no direito a ser indemnizada pelo incumprimento contratual. E isto por o não cumprimento daquele «dever» não ser fonte de responsabilidade, tendo como única consequência a não obtenção de uma vantagem. Apenas excepcionalmente poder-se-ia estar perante um dever, nos casos em que surgisse uma obrigação de indemnizar por danos provocados a terceiros.

SANTOS JÚNIOR rejeita a existência de um dever de reduzir o dano, com fundamento na inexistência de uma situação de confiança e de investimento na confiança por parte do lesante, não sendo assim possível reconhecer um correspondente direito do lesante de exigir ao lesado a redução dos danos¹⁰⁷³. A culpa do lesado seria assim apenas a manifestação de um princípio de causalidade.

Se concordarmos com SANTOS JÚNIOR quando afirma que não existe aqui um direito da contraparte ao cumprimento, na medida em que o lesante não pode, manifestamente, exigir ao lesado que actue de forma a minimizar os danos resultantes do incumprimento, a verdade é que, como se sabe, nem todos os deveres que se inscrevem nas obrigações têm um direito correspondente. Tal é o caso entre outros, dos deveres genéricos e das protecções reflexas. Por outro lado, não é claro que não haja aqui uma situação de confiança, geradora de um dever, na medida em que a possibilidade de incremento dos danos resultantes do incumprimento resulta precisamente da proximidade criada entre as partes pela relação contratual em que entraram.

Para além de SANTOS JÚNIOR, outros Autores entendem igualmente não se poder falar de um dever de mitigação de danos na ordem jurídica portuguesa¹⁰⁷⁴. Assim, FERREIRA DE ALMEIDA, a propósito da figura de *damage mitigation* no âmbito do estudo sobre a recusa de cumprimento declarada antes do vencimento, entende que, não conhecendo o direito português a figura da *mitigation of damages*, «(...) a simples inacção do credor, que aguarda pelo prazo de cumprimento, não pode ser qualificada como “facto culposo do lesado” para efeitos do

¹⁰⁷³ SANTOS JÚNIOR, E., «“Mitigation of Damages”, Redução de Danos pela Parte Lesada e “Culpa do Lesado”», *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles : 90 anos*, org. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Almedina, 2007, p. 363 e ss.

¹⁰⁷⁴ Assim, embora a posição não seja formulada expressamente, JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio...cit.*, p. 360.

artº 570.º», donde «(...) não pode (...) o devedor pretender que a indemnização se restrinja aos prejuízos que o credor sofreria se tivesse agido imediatamente»¹⁰⁷⁵.

BAPTISTA MACHADO recusa a recondução da previsão do n.º 1 do artigo 570.º à figura do dever, na medida em que não se pode obrigar um sujeito a cuidar devidamente dos seus *próprios* interesses. Trata-se assim para este Autor de um ónus¹⁰⁷⁶.

PAULO MOTA PINTO reconhece, no n.º 1 do artigo 570.º, a existência de um ónus de não agravamento do dano, entendido em termos amplos de tal forma que inclua a mitigação de danos¹⁰⁷⁷ e que, em regra, não exigirá a celebração de negócios de cobertura¹⁰⁷⁸.

O entendimento do ónus de mitigação de PAULO MOTA PINTO é, todavia, substancialmente limitado, já que este não existe enquanto *a pretensão de cumprimento permanece*¹⁰⁷⁹. Pelo que o ónus de mitigação não poderá restringir o direito ao cumprimento do lesado, fazendo impender sobre o credor um ónus de resolver o contrato. Apenas excepcionalmente, admite PAULO MOTA PINTO, poderá este ónus relevar contemporaneamente com aquela pretensão. Tal dependerá, de um lado, da patente impossibilidade de execução coactiva da prestação e, de outro, da inexistência de interesse do credor no cumprimento – em alternativa à resolução do contrato. Neste caso, poderá a insistência no cumprimento, pelo credor, relevar como fonte de agravamento de danos do credor nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 570.º¹⁰⁸⁰.

A posição de VAZ SERRA parece oscilar. Assim, em 1959, a propósito do recurso por alguns Códigos ao termo culpa no âmbito da figura da «conculpabilidade do prejudicado», afirma que aquele é utilizado em sentido

¹⁰⁷⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «Recusa...*cit.*», p. 315.

¹⁰⁷⁶ «A Cláusula do Razoável», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 582. No mesmo sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito...cit.*, vol. I, p. 342.

¹⁰⁷⁷ *Interesse...cit.*, vol. II, p. 782.

¹⁰⁷⁸ *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1685 e s. Trata-se, refere o Autor, da posição dominante na doutrina alemã (*ibid*, nota de rodapé n.º 4897).

¹⁰⁷⁹ *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1686.

¹⁰⁸⁰ *Interesse...cit.*, vol. II, p. 785 e 1685 e s. e nota de rodapé n.º 4898.

impróprio, na medida em que pressupõe a violação de um dever que, no quadro em análise, seria um dever de se abster de provocar danos a si próprio. Inexistindo tal dever, a culpa significaria apenas a não adopção da diligência exigível¹⁰⁸¹. Todavia, em 1973, em comentário a um acórdão do STJ de 1971 e portanto já na vigência do actual artigo 570.º, o Autor parece admitir a existência de um dever de conduta de evitar a produção/agravamento do dano, fundado e limitado pela boa fé quando acolhe expressamente a doutrina de LARENZ, segundo a qual «[o] dever de fazer todo o possível e exigível para afastar um dano que ameaça (ou o ameaçador agravamento do dano) e reduzir o já produzido é um dever de conduta que cabe ao lesado para com o obrigado a indemnização, que é de fundar na «boa fé» e também de limitar por ela»¹⁰⁸².

(ii) O reconhecimento de um dever de afastar/minorar o dano pelo lesado

Embora a maioria da doutrina se oponha à existência de um tal dever, uma corrente reconhece a existência de um dever de conduta do lesado de afastar ou minorar o dano resultante do incumprimento.

Assim, PINTO MONTEIRO parece, na esteira de LARENZ, reconhecer no n.º 1 do artigo 570.º um *dever de atenuar o dano*, fundado e limitado pela boa fé¹⁰⁸³. No mesmo sentido, também P. ROMANO MARTÍNEZ reconhece um dever de minimizar os danos, evitando prejuízos escusáveis, resultante da boa fé (artigo 762.º)¹⁰⁸⁴.

1.2.2. Outras disposições relevantes

A mitigação de danos encontra-se ainda presente em disposições específicas, fora do Código Civil.

¹⁰⁸¹ «Conculpabilidade...cit.,1959, p. 136.

¹⁰⁸² Anotação ao acórdão de 04.05.1971, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105, p. 169.

¹⁰⁸³ *Cláusulas...cit.*, p. 92 e s.

¹⁰⁸⁴ *Da Cessação...cit.*, p. 206.

Assim, no CT, o n.º 4 do artigo 437.º determina que se deve deduzir ao montante correspondente à soma das retribuições que o trabalhador deixou de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que concluiu pela ilicitude do despedimento, «*o montante das retribuições respeitantes ao período decorrido desde a data do despedimento até 30 dias antes da data da propositura da acção, se esta não for proposta nos 30 dias subsequentes ao despedimento*».

No regime jurídico do sistema de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto, a alínea b) do n.º 1 do artigo 34.º determina, entre as obrigações do tomador de seguro (ou segurado) em caso de sinistro, a obrigação de «*tomar as medidas ao seu alcance no sentido de evitar ou limitar as consequências do sinistro*». A consequência do não cumprimento desta obrigação é, nos termos do n.º 1, a responsabilização do lesado pelas perdas e danos que da inércia possam resultar.

A verdade é que, também nestes dois casos, se pode afirmar que nos encontramos ainda perante um ónus e não um dever. A leitura destas disposições não é por isso esclarecedora quanto à existência de um dever de mitigação na ordem jurídica nacional.

1.3. Posição adoptada

(a) Um dever de mitigar no Direito português?

Na medida em que a não minimização dos danos tem como única consequência a não indemnização do credor pelos danos que poderia ter evitado adoptando um comportamento razoavelmente diligente, pode-se defender que o legislador não teve, na redacção do artigo 570.º, em mente um *dever* do lesado.

Tal poder-nos-ia levar a concluir que aquela disposição é tão somente a manifestação de um princípio de causalidade na imputação do dano. Mas não seria tal objectivo já preenchido com a disposição genérica do artigo 563.º, nos termos do qual «[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão»? Parece-nos que sim.

O artigo 570.º acrescenta, com efeito, algo à mera causalidade, a *culpa*, termo vago, cuja polissemia torna a interpretação difícil.

Se atendermos à posição da doutrina dominante, o *facto culposo do lesado* deve ser entendido como facto censurável, comportamento desconforme à diligência exigível face às circunstâncias do caso concreto. Não se trata por isso, de facto, no artigo 570.º, n.º 1, da manifestação de um mero princípio de causalidade. Exige-se, para que o dano não seja imputável ao lesante, para além da contribuição do lesado para a respectiva produção ou agravamento, que o comportamento adoptado se encontre abaixo do grau de diligência requerido *in casu*.

Ainda a propósito do recurso ao termo *culpa*, uma doutrina significativa critica a sua utilização em sentido impróprio, na medida em que «[p]ara haver culpa propriamente dita, seria preciso que se transgredisse um dever jurídico de se acautelar contra os danos que alguém pode causar a si mesmo»¹⁰⁸⁵. Ora, parece-nos, o artigo 570.º, ao permitir que a responsabilidade da parte inadimplente seja reduzida, protege os interesses não do lesado, mas do lesante. Será, por esta razão (pelo menos) discutível a licitude de uma escolha arbitrária do lesado entre minimizar ou não os prejuízos resultantes do incumprimento, já que esta afectará os interesses do lesante. Finalmente ainda quanto à culpa e aos obstáculos apontados à existência de uma situação de ilicitude, decorrente da violação de um dever, repete-se que a inexistência de um direito, na esfera do lesante, que permita obrigar o lesado a adoptar determinado comportamento, não constitui impedimento ao reconhecimento de um dever com tal conteúdo

¹⁰⁸⁵ SERRA, Adriano Vaz, «Conculpabilidade...*cit.*», p. 136.

na titularidade deste último. Como já tivemos oportunidade de referir, a existência de um dever não tem correspondência necessária num direito de outro sujeito. Tal sucede no caso de certos deveres, designados pela doutrina como *deveres genéricos*¹⁰⁸⁶, entre os quais se encontra o dever geral de respeito. Tais direitos não têm como correspectivo um direito subjectivo, não sendo assim possível a um sujeito exigir o respectivo cumprimento a outro, gerando a respectiva violação apenas a obrigação de indemnizar, nos termos do n.º 1 do artigo 483.º do CC.

SANTOS JÚNIOR, citando BRANDÃO PROENÇA, afirma que também não se pode aqui invocar o princípio da boa fé e reconhecer um dever acessório de conduta de minimizar os danos, por inexistir uma situação de confiança que permitisse criar tal dever na esfera do lesado. Ora, tal sucede (ou pode suceder) num âmbito *extra-contratual* que é, aliás, aquele a que se refere BRANDÃO PROENÇA. O Autor refere-se a uma esfera em que não há, nem se prepara qualquer vínculo de juridicidade, em que «(...) falta uma "situação de relacionamento específico entre as pessoas"(...)»¹⁰⁸⁷. O mesmo não sucederá no âmbito de uma relação contratual, pelo contrário.

A questão da qualificação da *mitigation* como dever surge, como já tivemos oportunidade de referir¹⁰⁸⁸, também em *common law*. De facto, apesar de doutrina e jurisprudência se referirem a um *duty to mitigate*, a maioria critica a expressão por o respectivo incumprimento ter como única consequência a perda do direito do credor a ser ressarcido dos danos que pudesse ter evitado, não sendo assim fonte de responsabilidade. Ora, se também no Direito nacional não é clara a qualificação da situação jurídica em que o lesado se encontra no âmbito do artigo 570.º, n.º 1, como ónus ou como dever, a verdade é que os argumentos apresentados pela doutrina não excluem, no nosso entender, de

¹⁰⁸⁶ Veja-se, por todos, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, I, I, p. 360 e *Tratado...cit.*, II, I, p. 494 e 495.

¹⁰⁸⁷ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta...cit.*, p. 411.

¹⁰⁸⁸ Veja-se *supra*, capítulo II, §1.4, 4.1, (b), (ii).

forma definitiva, a manifestação naquela norma de um dever de afastar/mitigar o dano resultante do incumprimento.

Parece-nos poder reconhecer-se, como propõe P. ROMANO MARTÍNEZ, no artigo 570.º a manifestação de um verdadeiro dever acessório de mitigar os danos resultantes do incumprimento, emergente do artigo 762.º. Dever acessório, na medida em que o comportamento imposto não visa o cumprimento do dever principal, nem a protecção do interesse no cumprimento, mas a protecção do património de cada uma das partes que, em virtude da relação contratual, se tornou particularmente vulnerável à actuação da contraparte.

(b) Uma limitação ao direito à manutenção?

Aqui chegados importa regressar à questão de fundo que consistia em determinar se, à semelhança do que sucede no Direito norte-americano, o Direito nacional admite um dever de mitigação de tal forma concebido que pudesse limitar o direito do lesado à manutenção do contrato, criando um dever de o resolver.

A nossa resposta tenderá a ser negativa. Parece-nos, de facto, na linha de PAULO MOTA PINTO¹⁰⁸⁹, que, na ordem jurídica portuguesa, a mitigação de danos não poderá impor a resolução do contrato ao lesado, em especial por o reconhecimento de um dever de resolver o contrato chocar com o regime do incumprimento das obrigações nacional que afirma, claramente, uma prioridade natural e jurídica do cumprimento em caso de inadimplemento.

Será todavia enquadrável no artigo 570.º, para efeitos de redução da obrigação de indemnização, a manutenção obstinada do contrato, quando a impossibilidade da execução coactiva da prestação seja manifesta e inexista *interesse* do lesado na manutenção. Da mesma forma, parece-nos, verificados

¹⁰⁸⁹ *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1686.

tais pressupostos, também a opção pela resolução em vez da manutenção do contrato deverá conduzir a uma redução da indemnização por *culpa do lesado*¹⁰⁹⁰.

2. O agravamento da prestação

Ao contrário do que sucede com a questão da mitigação de danos, pouco desenvolvida na literatura jurídica nacional, o agravamento da prestação foi sendo, ao longo dos tempos, objecto de atenção por parte da doutrina e da jurisprudência portuguesas, à semelhança do que vimos nas ordens jurídicas alemã e italiana, designadamente enquanto limite ao princípio *pacta sunt servanda*. Prosseguiremos assim o nosso estudo do limite ao direito à manutenção do contrato com a análise do tratamento do agravamento da prestação na ordem jurídica nacional.

2.1. O conceito de *difficultas praestandi*

A literatura jurídica refere-se a *agravamento da prestação* ou a *maior onerosidade* perante o surgimento de um obstáculo ao cumprimento que, não o impossibilitando, agrava o esforço ou o sacrifício exigido ao devedor para a realização da prestação devida.

Pretende-se aqui discutir se e em que medida é que o agravamento da prestação pode limitar ou mesmo excluir o direito ao cumprimento do credor, tornando a prestação *inexigível*.

Para tal importa desde logo esclarecer o significado do *agravamento da prestação*, partindo-se da afirmação genérica segundo a qual a prestação agrava-se, tornando-se excessivamente onerosa, quando ocorre um aumento

¹⁰⁹⁰ Assim, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...cit.*, vol. II, p. 1686, nota de rodapé n.º 4898.

desmesurado dos sacrifícios que o devedor deverá empreender para a realizar¹⁰⁹¹.

(a) Natureza dos sacrifícios

Na *avaliação* do agravamento da prestação para efeitos da respectiva qualificação como excessivamente onerosa, entende GALVÃO TELLES serem atendíveis sacrifícios não apenas de natureza financeira, mas também de natureza pessoal ou moral¹⁰⁹². Assim, haverá agravamento relevante no caso do empreiteiro que, em razão da subida acentuada dos preços dos materiais, apenas poderá construir a obra a que se comprometeu arruinando-se, mas também no caso do artista que se comprometeu a actuar em determinado dia e adoece, de tal forma que, embora não se encontrando impossibilitado de comparecer, se o fizer colocará provavelmente em risco grave a sua saúde. Será ainda de onerosidade excessiva, segundo o Autor, o caso do pai que falta à assinatura do contrato prometido por se deslocar ao hospital onde o filho faleceu.

MANUEL GOMES DA SILVA, preferindo a designação de *impossibilidade relativa*, define-a como aquela que «(...) deriva de um obstáculo que não pode ser superado senão com esforços e sacrifícios superiores ao grau considerado típico»¹⁰⁹³. O Autor oferece como exemplo o aumento dos preços ou o estado de insolvência do devedor.

Em todos estes casos não há uma impossibilidade física ou legal de prestar, sucede apenas que os sacrifícios – financeiros ou de outra ordem, necessários à realização da prestação, são de tal ordem que vão para além do razoavelmente exigível. A linha que distingue a impossibilidade do

¹⁰⁹¹ Interessa-nos aqui apenas a onerosidade excessiva da prestação *superveniente* e não a originária.

¹⁰⁹² Neste sentido, TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito...cit.*, p. 366 e ss.

¹⁰⁹³ *O Dever...cit.*, p. 265 e s.

agravamento é, claramente, de difícil definição, desde logo por aquilo que é impossível fisicamente, pela natureza das coisas, evoluir ao longo dos tempos, designadamente em função dos avanços científicos. O que era impossível há uns anos poderá não o ser hoje.

No que concerne aos sacrifícios a ponderar para efeitos de avaliação do agravamento, a doutrina parece – em regra – não considerar o *agravamento* da prestação em resultado do deteriorar da relação entre as partes. Em questão parecem estar apenas situações em que surge um obstáculo de natureza económica ou outra que o devedor teria de ultrapassar para cumprir a obrigação a que se encontra vinculado. Apenas excepcionalmente, como em MANUEL DE ANDRADE que se refere a casos de *grave sacrificio dos seus sentimentos pessoais*¹⁰⁹⁴, parecem elementos de outra natureza ser objecto de ponderação.

(b) Terminologia

A terminologia usada para designar estes casos de agravamento da prestação varia, sendo frequente a referência à *difficultas praestandi* (ou *agendi*) ou à *excessiva onerosidade da prestação*.

Surge por vezes também a designação de tais situações como de «*impossibilidade relativa*»¹⁰⁹⁵. Alguns Autores rejeitam esta denominação por não se tratar de um caso de impossibilidade, mas apenas de agravamento da prestação que continua possível. O termo impossibilidade deve, segundo esta orientação, ficar reservado para os casos de impossibilidade física, naturalística¹⁰⁹⁶ – a prestação consiste num acto irrealizável pela própria natureza das coisas – ou legal – caso em que a prestação se traduz num acto contrário à lei – da prestação¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁴ ANDRADE, Manuel de, *Teoria...cit.*, p. 408.

¹⁰⁹⁵ Assim, designadamente, SILVA, Manuel Gomes da, *O Dever...cit.*, p. 265.

¹⁰⁹⁶ Neste sentido, JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio...cit.*, p. 112 e s.

¹⁰⁹⁷ Neste sentido, TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito...cit.*, I, p. 365 e s..

2.2. Os efeitos do agravamento

A proposta, que encontramos no Direito alemão, de equiparação da onerosidade excessiva à impossibilidade¹⁰⁹⁸, não obteve grande adesão na ordem jurídica nacional, à semelhança do sucedido nos Direitos italiano e francês¹⁰⁹⁹.

ANTUNES VARELA, chamando a atenção para o facto de esta corrente ser geradora de uma *perigosa incerteza e inevitáveis arbítrios* na sua aplicação prática, afirma que deve considerar-se afastada pelo código civil de 1966, em resultado da eliminação intencional dos preceitos do anteprojecto VAZ SERRA referentes ao carácter excessivo da prestação¹¹⁰⁰. Em MANUEL DE ANDRADE, no contexto do anterior Código Civil e da anterior Constituição, o não acolhimento desta equiparação parece resultar da respectiva incompatibilidade com «*o sistema individualístico da nossa economia e do nosso direito*»^{1101/1102}.

Não obstante esta oposição à recondução do agravamento excessivo à impossibilidade, a verdade é que a maioria esmagadora da doutrina reconhece a necessidade de temperar o princípio *pacta sunt servanda* em caso de agravamento significativo da prestação. As soluções propostas resultam da combinação de mecanismos de flexibilização e de reposição do equilíbrio contratual previstos no Direito português, como o princípio da boa fé, o regime da alteração das circunstâncias e as causas de escusa¹¹⁰³ ou de justificação.

¹⁰⁹⁸ Equiparação parcial, já que não se prevê a liberação *ipso iure* do devedor.

¹⁰⁹⁹ Neste sentido, ANDRADE, Manuel de, *Teoria...cit.*, p. 407. O Autor refere ainda como opondo-se à equiparação da impossibilidade relativa à impossibilidade absoluta, GALVÃO TELLES, CUNHA GONÇALVES e PAULO CUNHA (*ibidem*, nota de rodapé n.º 3)

¹¹⁰⁰ VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, II, p. 69 e s.

¹¹⁰¹ Assim, ANDRADE, Manuel de, *Teoria...cit.*, p. 407.

¹¹⁰² CUNHA DE SÁ refuta este argumento, salientando que o Código Civil vigente se reclama uma orientação social e anti-individualista, consagrando um princípio da boa fé no exercício do direito de crédito («Direito...cit.», p. 199).

¹¹⁰³ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175 e s.

Assim, em VAZ SERRA, a solução proposta resulta de uma aplicação do princípio da boa fé e do regime da alteração de circunstâncias¹¹⁰⁴. Reconhecendo que esta questão se encontra no centro da tensão entre dois princípios, o princípio *pacta sunt servanda* e o princípio da boa fé no cumprimento das obrigações, conclui pela necessidade de atenuar, com recurso à boa fé, a regra segundo a qual o devedor apenas se deve considerar exonerado em caso de impossibilidade absoluta¹¹⁰⁵. Neste quadro propôs, no âmbito da preparação do Código Civil de 1966, o seguinte preceito: «*Excessividade da prestação. Se a prestação só puder ser feita com sacrifícios demasiados, ou com fortes riscos, ou com ofensa de deveres nitidamente superiores, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé, vista, no seu conjunto, a situação do caso e tidos em conta os usos de negócio, reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter uma modificação desta, aplicando-se, onde o puder ser, o disposto a propósito da resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*» (art. 8.º, § 1 do Anteprojecto)¹¹⁰⁶.

No âmbito do estudo do direito ao cumprimento e do direito a cumprir, CUNHA DE SÁ defende que admitir a vinculação do devedor independentemente do sacrifício que lhe é exigido para o respectivo cumprimento é «(...) *pôr de lado o fundamento axiológico e económico-social do vínculo obrigacional*»¹¹⁰⁷. Reconhecendo a proximidade entre a *difficultas praestandi* e a impossibilidade física de realização da prestação e a conseqüente dificuldade de distinção entre as duas figuras, o Autor chama a atenção para a necessidade de não as confundir. Torna-se nesta medida essencial apurar o grau de dificuldade em que se deve considerar que a prestação se impossibilitou. Isto é, determinar quando é que a prestação se afigura *inteiramente desproporcionada com os*

¹¹⁰⁴ SERRA, Adriano Vaz, «Impossibilidade Superveniente por Causa Não-Imputável ao Devedor e Desaparecimento do Interesse do Credor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 46, Janeiro de 1955, p. 11 e ss.

¹¹⁰⁵ SERRA, Adriano Vaz, «Impossibilidade Superveniente por Causa...*cit.*», p. 18.

¹¹⁰⁶ SERRA, Adriano Vaz, «Anteprojecto», Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, 1960, p. 9.

¹¹⁰⁷ SÁ, F.A. Cunha de, «Direito...*cit.*», p. 150 e s., p. 201.

sacrifícios que a sua realização implica, de tal forma que exigir o seu cumprimento chocaria com o princípio da boa fé. O dever de prestar, bem como o direito à prestação cessariam quando o exercício do crédito ou o cumprimento da prestação chocassem frontalmente com o princípio da boa fé¹¹⁰⁸.

Frequentemente ainda é o agravamento da prestação tratado no âmbito das causas de justificação ou de escusa. Tal sucede, designadamente em MANUEL DE ANDRADE.

O Autor defende que apenas a impossibilidade absoluta deve exonerar o devedor, começando por propor como solução para o agravamento o reconhecimento de um direito do devedor a ser ressarcido pelo credor da exorbitância da prestação, sempre que esta tenha resultado de um facto ilícito do credor (ou de terceiro). Nos casos em que o agravamento não tenha sido produto de um ilícito terá o devedor de o suportar¹¹⁰⁹. Esta seria, segundo MANUEL DE ANDRADE, a solução mais conforme com o artigo 705.º do Código de Seabra, de um lado, de outro mais consentânea com o sistema individualístico que caracteriza o nosso Direito e Economia e, finalmente, que melhor satisfaz o interesse da segurança jurídica, em razão da ausência de um critério seguro de determinação do ponto em que a prestação se torna excessivamente onerosa¹¹¹⁰. Admite, todavia, adiante, a necessidade de atenuar este princípio. De entre as limitações apresentadas pelo Autor, que incluem as resultantes da aplicação da *teoria da base do negócio*, bem como «*casos limite*» em que prestação apenas possa ser realizada com meios que estão de tal modo fora de relação com o resultado que no comércio jurídico não são tomados em consideração¹¹¹¹, surgem casos que consubstanciam verdadeiras causas de justificação¹¹¹². Tal será o caso, por exemplo, da existência de um dever ou interesse superior, como sucederá

¹¹⁰⁸ SÁ, F.A. Cunha de, «Direito...cit.», p. 150 e s., p. 200 e ss..

¹¹⁰⁹ *Teoria...cit.*, p. 407.

¹¹¹⁰ *Teoria...cit.*, p. 407 e s.

¹¹¹¹ O Autor refere o já mencionado caso do anel (*Teoria...cit.*, p. 408).

¹¹¹² *Teoria...cit.*, p. 407 a 409.

quando o devedor apenas possa cumprir com grave risco para a sua vida ou ainda no caso da cantora que se recusa a actuar quando a grave doença de um filho exige a sua presença^{1113/1114}. Em todos estes casos, a *difficultas* é relevante para MANUEL DE ANDRADE, não liberando, todavia, *ipso iure* o devedor, tornando apenas a prestação inexigível, podendo o devedor cumprir, se assim o desejar.

Também em GALVÃO TELLES, o agravamento da prestação, resultante da necessidade da realização de sacrifícios extraordinários de natureza financeira, pessoal ou moral, não deve determinar a cessação do vínculo, por não se tratar de um caso de impossibilidade, tornando apenas a prestação inexigível¹¹¹⁵. A obrigação não se extingue, por ser ainda possível, não ficando portanto o devedor automaticamente libertado. Todavia, não sendo exigível que um homem médio colocado na posição concreta do devedor cumprisse a obrigação em causa – o exemplo apresentado é do pai que falta à assinatura do contrato prometido por se deslocar ao hospital onde o filho faleceu – ter-se-á de concluir pela ausência de culpa no incumprimento e, logo assim, pela não responsabilização do devedor inadimplente. O agravamento surge pois como causa de escusa. Ao devedor reconhece ainda o Autor o direito a socorrer-se dos instrumentos do artigo 437.º do CC, requerendo a resolução do contrato ou a respectiva modificação, com vista ao restabelecimento do equilíbrio contratual¹¹¹⁶.

Refira-se a este propósito apenas a crítica de PESSOA JORGE ao enquadramento do agravamento nas causas de escusa. De facto, segundo este Autor, muito embora a questão do agravamento da prestação seja tratada por

¹¹¹³ *Teoria...cit.*, p. 408.

¹¹¹⁴ Se, no caso, a presença da mãe não for essencial não haverá que falar em causa de justificação, mas de escusa. Neste sentido, JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio...cit.*, p. 350.

¹¹¹⁵ *Direito...cit.*, I, p. 368 e ss.

¹¹¹⁶ Refira-se apenas que o Autor considerava não ser esta solução possível no quadro do Código de Seabra. A rigidez deste não deixava margem para outra solução que não a responsabilização do devedor pelo não cumprimento em razão da excessiva onerosidade da prestação, solução que, aliás, GALVÃO TELLES criticava (*Direito...cit.*, p. 368 e ss.).

alguma doutrina no âmbito da responsabilidade civil, em especial da desculpabilidade, como causa geral de escusa, as duas problemáticas, embora confinantes, têm âmbitos de aplicação e efeitos distintos¹¹¹⁷. A desculpabilidade, que o Autor reconhece como causa de escusa geral, será aplicável aos casos da cantora que recusa actuar por ter o filho doente, bem como do devedor que incumpe no dia seguinte ao do funeral do filho. Não se trata todavia aqui para o Autor de situações de agravamento da prestação, por «(...) a prestação, em si mesma, objectivamente considerada, não [ter sofrido] qualquer alteração»¹¹¹⁸. Tal tem consequências práticas, já que, na construção de PESSOA JORGE, a desculpabilidade apenas exonera o devedor da responsabilidade pelo não cumprimento, enquanto o agravamento permite a extinção ou modificação da própria prestação.

O instituto da alteração das circunstâncias é, como já tivemos oportunidade de ver acima, em VAZ SERRA, GALVÃO TELLES e MANUEL DE ANDRADE, frequentemente chamado a intervir numa situação de agravamento da prestação, como instrumento de reequilíbrio contratual.

Também PESSOA JORGE defende que o agravamento da prestação, quando juridicamente relevante, deve conduzir à redução ou extinção da prestação ou à modificação das condições contratuais, com vista à reposição do equilíbrio entre as partes¹¹¹⁹. Apesar de distinguir claramente agravamento da prestação e impossibilidade, o Autor admite que alguns casos, naturalisticamente qualificados como de agravamento, devem, em razão da dificuldade de distinção, ser juridicamente resolvidos como se de impossibilidade se tratasse¹¹²⁰.

ANTUNES VARELA rejeita a equiparação do agravamento da prestação a uma situação de impossibilidade, pondo em evidência a distinção entre as duas

¹¹¹⁷ *Ensaio...cit.*, p. 349, em especial, a nota de rodapé n.º 328.

¹¹¹⁸ *Ensaio...cit.*, p. 350.

¹¹¹⁹ *Ensaio...cit.*, p. 113.

¹¹²⁰ *Ensaio...cit.*, p. 114.

figuras. Assim, enquanto no primeiro caso, apesar de extraordinariamente difícil ou excessivamente onerosa, a prestação ainda é possível, não o será no segundo caso, por exemplo, por força de um evento de força maior. Apenas nestes casos de impossibilidade física ou legal se extingue a prestação¹¹²¹. Como já tivemos oportunidade de referir acima, o Autor rejeita a teoria do limite do sacrifício, entendendo que o Código Civil, ao eliminar intencionalmente os preceitos propostos por VAZ SERRA quanto a esta matéria, a não acolheu¹¹²².

Propõe que, no tratamento do agravamento se recorra aos artigos 437.º, 566.º, 762.º, 812.º e, principalmente o 334.⁹¹¹²³. O artigo 437.º permite a modificação segundo critérios de equidade ou resolução do contrato perante a alteração anormal de certas circunstâncias. O artigo 566.º, n.º 1 afasta a indemnização mediante reconstituição natural quando esta seja de tal forma onerosa para o devedor que o interesse do credor não a justifica. O artigo 762.º, n.º 2 impõe ao credor a obrigação de indemnizar o devedor sempre que o agravamento da prestação lhe seja imputável. Finalmente, nos casos em que o exercício do direito do credor exceda manifestamente os limites da boa fé, poderá o devedor faltar ao cumprimento com fundamento, não em *impossibilidade*, mas em abuso de direito do credor¹¹²⁴. Se o agravamento resultar de circunstâncias fortuitas (actos da natureza, inflação), o devedor terá de o suportar¹¹²⁵.

Próximo de ANTUNES VARELA encontra-se PINTO OLIVEIRA. Para este Autor, os casos de *onerosidade excessiva* devem ser resolvidos com recurso a um de três

¹¹²¹ *Das Obrigações...cit.*, II, p. 68.

¹¹²² *Das Obrigações...cit.*, II, p. 69 e s. VAZ SERRA responde a este argumento afirmando que o não acolhimento pelo Código Civil de tais disposições pode significar apenas que o legislador optou por deixar à jurisprudência e à doutrina a posição a tomar nesta matéria (anotação ao acórdão de 27.10.1970, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 104, p. 215).

¹¹²³ *Das Obrigações...cit.*, II, p. 70.

¹¹²⁴ *Das Obrigações...cit.*, II, p. 71.

¹¹²⁵ No mesmo sentido, COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito...cit.*, p. 1076.

institutos, alteração da base do negócio (artigos 251.º e 437.º), o conflito de direitos ou deveres (artigo 335.º) ou o abuso de direito (artigo 334.º)¹¹²⁶.

PINTO OLIVEIRA mostra-se, contudo, favorável a uma alteração do Código Civil nesta matéria, aproximando-nos daquilo que é o Direito Europeu – o Autor refere-se aqui, concretamente, aos PDEC e aos Princípios Unidroit, bem como à Directiva 1999/44/CE¹¹²⁷, reabilitando o já referido preceito proposto por VAZ SERRA aquando da preparação do Código de 1966. Propõe assim a introdução de um artigo 790.º-A, com o seguinte teor: «[s]e a prestação é excessivamente difícil, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter a modificação desta¹¹²⁸.

Também MENEZES CORDEIRO, a propósito das alterações introduzidas no BGB no regime da impossibilidade, alargando-a aos casos de inexigibilidade, no §275 (2) e (3), refere que o respectivo enquadramento na *impossibilidade* pode ter vantagens, designadamente na medida em que permite soluções mais imediatas e directas¹¹²⁹.

2.3. Síntese conclusiva

A necessidade de limitação do princípio *pacta sunt servanda* em caso de agravamento substancial da prestação é reconhecida de forma generalizada pela doutrina e pela jurisprudência nacional, à semelhança do que encontramos

¹¹²⁶ OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Estudos Sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, 2009, p. 11 e s.

¹¹²⁷ Note-se que na transposição da Directiva 1999/44 para o Direito nacional, realizada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, o respectivo artigo 4.º, relativo aos direitos do consumidor, não incluiu a parte em que o direito ao cumprimento do devedor cede em razão da desproporção da solução – de reparação ou substituição – com os respectivos custos suportados para o vendedor.

¹¹²⁸ OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Estudos...cit.*, p. 14.

¹¹²⁹ *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175 e ss.

noutras ordens jurídicas sejam de *common law*, sejam de *civil law*¹¹³⁰. Entende-se que o devedor apenas se encontra vinculado até um certo ponto, findo o qual deve reconhecer-se um direito a libertar-se do vínculo, segundo a doutrina mais radical, ou, pelo menos, um direito a modificar o contrato de forma a restabelecer o equilíbrio contratual inicialmente acordado.

Para atingir tal resultado a doutrina recorre a diferentes mecanismos previstos na lei de flexibilização do princípio *pacta sunt servanda*, como o princípio geral de boa fé, o regime da alteração das circunstâncias, a ideia de ausência de culpa no incumprimento, entre outros. Tal resulta, em suma, da inexistência – excepção feita aos casos em que o agravamento resulte de uma alteração das circunstâncias enquadrável na previsão do artigo 437.º do CC¹¹³¹ – de um regime directamente aplicável ao agravamento da prestação que responda de forma adequada às preocupações de preservação do equilíbrio contratual, de justiça e de protecção da liberdade das partes, suscitadas pela *difficultas praestandi*.

Tendemos por isso a concordar com MENEZES CORDEIRO e PINTO OLIVEIRA¹¹³², quando se mostram favoráveis à alteração do Código Civil nesta matéria, na medida em que tal permitiria soluções mais imediatas e transparentes. No que concerne à insegurança jurídica resultante desta limitação à vinculação, apontada frequentemente pelos críticos desta orientação, parece-nos, com VAZ SERRA, que «(...) não é mais do que uma inevitável consequência da variabilidade das situações jurídicas e da variabilidade das intenções

¹¹³⁰ De facto, como tivemos oportunidade de constatar e salienta VAZ SERRA, «[o]s próprios sequazes da orientação que exige uma impossibilidade absoluta [como MANUEL DE ANDRADE ou ANTUNES VARELA, entre outros] lhe introduzem limitações» (anotação ao acórdão de 27.10.1970, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 104, p. 215).

¹¹³¹ Note-se que, para além do artigo 437.º, outras disposições do Código Civil traçam limites pontuais à vinculação do devedor com fundamento na *excessiva onerosidade da prestação*, como por exemplo os artigos 566.º, n.º 1 e 1221.º, n.º 2.

¹¹³² *Tratado...cit.*, II, IV, p. 175 e s. e *Estudos...cit.*, p. 14, respectivamente.

das partes e não é maior do que qualquer outra derivada da necessidade de interpretação das leis ou das declarações negociais»¹¹³³.

3. A inexigibilidade na lei

Muito embora não encontremos na lei um regime geral dirigido aos limites à vinculação das partes ao inicialmente acordado, ao contrário do que hoje sucede, por exemplo, no Direito alemão, o legislador curou pontualmente desta matéria, seja, como vimos, no âmbito do instituto da alteração das circunstâncias, por exemplo, seja a propósito de alguns contratos em especial, como os contratos de arrendamento e de agência.

No âmbito dos regimes jurídicos dos contratos de arrendamento, agência, mandato ou de trabalho, o legislador consagrou verdadeiros desvios ao princípio da estabilidade do contrato ao determinar, verificado um conjunto de pressupostos, a inexigibilidade da manutenção da relação contratual e colocando à disposição das partes a faculdade de fazer cessar o contrato unilateralmente.

Apesar de não se tratar de regras de aplicação geral é por aqui que devemos continuar a tarefa proposta de determinação dos limites do direito à manutenção do contrato.

3.1. O regime do arrendamento urbano

O n.º 2 do artigo 1083.º do CC determina que apenas o incumprimento do contrato que, *«pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento»* constitui fundamento bastante para a resolução, oferecendo em seguida alguns exemplos de fundamentos resolutivos, pelo

¹¹³³ Anotação ao acórdão de 27.10.1970, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 104, p. 215.

senhorio. Cada uma destas *potenciais* causas de resolução deverá, por sua vez, sempre ser testada sob o critério da *inexigibilidade de manutenção da relação*¹¹³⁴.

A lei consagra pois, no âmbito do contrato de arrendamento urbano, como critério para determinar a relevância do incumprimento como fundamento resolutivo, a *inexigibilidade da manutenção do contrato*.

Trata-se de um aproximar do regime da cessação do contrato de arrendamento ao regime geral de cessação dos contratos, ajustado à natureza duradoura da relação¹¹³⁵. Consagrou-se desta forma a resolução por *justa causa* no arrendamento urbano¹¹³⁶, referindo aliás alguma doutrina que a norma constante do artigo 1083.º é inspirada no regime do CT¹¹³⁷. De facto, da proposta de reforma de 2004 constava a expressão *justa causa*¹¹³⁸, tendo em 2006 o legislador optado pelo termo *incumprimento*, no n.º 1 do artigo 1083.º, qualificando-o no n.º 2 com a referência à *inexigibilidade de manutenção do contrato*.

A questão relevante e problemática é evidente, consistindo em determinar quando é que o incumprimento torna inexigível a manutenção do contrato.

(a) A doutrina

É entendimento geral da doutrina que podem consubstanciar *justa causa*, não só o incumprimento de obrigações contratuais, como também o

¹¹³⁴ Veja-se, por todos, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «O Novo Regime do Arrendamento Urbano: contributos para uma análise», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 14, Abril/Junho de 2006, p. 20 e s. e GEMAS, Laurinda, «O Novo...cit.», p. 80. Na jurisprudência veja-se, por todos, o acórdão da Relação de Lisboa de 12.05.2011, proc. n.º 2741/08.5YLSB.L1-6, disponível em www.dgsi.pt. Em sentido contrário, FURTADO, Jorge Pinto, *Manual...cit.*, p. 1040.

¹¹³⁵ Neste sentido, MONTEIRO, António Pinto, e HENRIQUES, Paulo Videira, «A cessação do contrato no Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos», *O Direito*, n.º 136, II e III, 2004, p. 292; RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «O Novo...cit.», p. 20; e OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *A Resolução do Contrato no Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU): Causas de Resolução e Questões Conexas (em especial a cláusula geral resolutiva do n.º 2 do artigo 1083º do CC)*, Almedina, 2007, p. 40.

¹¹³⁶ Neste sentido, MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação...* cit, p. 343 e MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 101.

¹¹³⁷ Entre outros, GARCIA, Maria Olinda, *A Nova...cit.*, p. 23.

¹¹³⁸ A proposta dispunha que «[q]ualquer uma das partes pode resolver o contrato, nos termos gerais do direito, com base em *justa causa*» (artigo 1085º, n.º 1).

incumprimento de obrigações e deveres de fonte legal ou resultantes da aplicação do princípio da boa fé¹¹³⁹.

Este incumprimento terá de ser grave, à semelhança do que se exige no regime geral da resolução. A gravidade, por sua vez, poderá resultar, tanto da *natureza* da infracção, como do *carácter reiterado* da mesma¹¹⁴⁰. Neste sentido, veja-se a título de exemplo a alínea a) do n.º 2 do artigo 1083.º, na versão anterior à Lei n.º 31/2012, que reconduzia a uma situação de inexigibilidade a «*violação reiterada e grave de regras de higiene, de sossego, de boa vizinhança ou de normas constantes do regulamento do condomínio*».

Segundo BAPTISTA DE OLIVEIRA, os requisitos constitutivos da justa causa do artigo 1083.º do CC são os mesmos da justa causa que encontramos no artigo do artigo 338.º do CT. Quanto à inexigibilidade, entende o Autor, deve ser lida «(...) *em função de bitolas de normalidade social*», sendo assim inexigível a manutenção do contrato, «(...) *quando, atentas as concretas condutas perpetradas pela outra parte na relação contratual e considerando as suas concretas consequências, for de concluir que não mais pode ser exigida a um locador normal (ou locatário, se for o caso) a manutenção do contrato*»¹¹⁴¹.

DAVID MAGALHÃES propõe, na apreciação do incumprimento e da respectiva gravidade, que se tenha em conta um conjunto de circunstâncias, entre as quais, o *comportamento prévio das partes, o tipo, duração, frequência e efeitos do incumprimento*¹¹⁴².

Dever-se-á, em especial, segundo o Autor, ter em conta os deveres acessórios de conduta de informação, lealdade, esclarecimento e protecção entre outros, que recaem sobre cada uma das partes, abrangendo tanto a fase pré-

¹¹³⁹ Neste sentido, veja-se MONTEIRO, António Pinto, e HENRIQUES, Paulo Videira, «A cessação...*cit.*, p. 293; OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *A Resolução...cit.*, p. 32; e MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 140.

¹¹⁴⁰ Neste sentido, MONTEIRO, António Pinto, e HENRIQUES, Paulo Videira, «A cessação...*cit.*, p. 293.

¹¹⁴¹ OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *A Resolução...cit.*, p. 39.

¹¹⁴² *A Resolução...cit.*, p. 143.

contratual, como de execução do contrato. O Autor cita um conjunto de casos da jurisprudência alemã em que a violação de tais deveres foi considerada fundamento bastante para a resolução do contrato de arrendamento. Entre estes encontra-se um caso de resolução infundada do contrato de arrendamento pelo locatário¹¹⁴³. O Autor refere ainda casos de violação de deveres surgidos na fase pré-contratual reconhecidos como fundamento de resolução do contrato de arrendamento por justa causa. Assim, designadamente, quanto ao dever de o senhorio informar o locatário de que a coisa locada se encontra sob administração de liquidatário judicial ou em processo de venda judicial ou que pretende realizar brevemente obras quando estas possam vir a ter um efeito negativo no afluxo de clientela ao estabelecimento do arrendatário¹¹⁴⁴.

Por outro lado, poderão ainda ser relevantes e consubstanciar justa causa comportamentos não individualmente imputáveis ao arrendatário mas a indivíduos – terceiros ou familiares – que se insiram no respectivo âmbito pessoal de gozo do imóvel¹¹⁴⁵.

Aos tribunais caberá determinar se o incumprimento invocado se verifica e, em caso afirmativo, se a respectiva gravidade torna inexigível a manutenção do contrato. Um dos resultados imediatos da inserção desta cláusula geral de resolução é, de facto, o papel fundamental que assume a jurisprudência no esclarecimento do respectivo conteúdo¹¹⁴⁶.

(b) A jurisprudência

Frequentemente, a fundamentação apresentada pela jurisprudência para a conclusão de existência ou inexistência de uma situação de inexigibilidade é

¹¹⁴³ *A Resolução...cit.*, p. 144.

¹¹⁴⁴ *A Resolução...cit.*, p. 146 e s.

¹¹⁴⁵ MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 150.

¹¹⁴⁶ A introdução de uma cláusula geral é, como já tivemos oportunidade de referir, criticada por uma parte significativa da doutrina em razão da incerteza gerada. Veja-se, neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *Arrendamento...cit.*, p. 140.

pouco satisfatória, não esclarecendo qual o caminho percorrido, os elementos tidos em conta na apreciação da questão.

Veja-se, por exemplo, o seguinte acórdão da Relação de Lisboa, de 07.06.2011, sobre um caso de declaração de resolução de um contrato de arrendamento para habitação, emitida pelo arrendatário, com fundamento no corte de energia eléctrica em duas ocasiões, espaçadas por quatro meses, no local arrendado, por razões imputáveis ao senhorio. A Relação concluiu pela inexistência de uma situação de inexigibilidade de manutenção do contrato, não desenvolvendo o juízo realizado, acrescentando apenas à conclusão que «[s]intomático de tal [a inexistência de uma situação de inexigibilidade] é a circunstância deste [o arrendatário] ter enviado a comunicação de rescisão do contrato no mês de Março, mas para produzir efeitos apenas no final do 2.º mês posterior a esse (...)»¹¹⁴⁷.

Para além da curta fundamentação da decisão apresentada, estranha-se, entre outros aspectos, a ausência de ponderação pela Relação do grau de diligência a que o senhorio se encontrava obrigado no cumprimento dos seus deveres – entre os quais o de pagar a electricidade, bem como a relação entre aquele e a contraprestação do arrendatário, i.e., a renda no montante de 2.000 euros. Irrelevante parece igualmente ter sido o comportamento do arrendatário ao longo da execução do contrato, designadamente, o cumprimento pontual da obrigação de pagamento da renda. Finalmente, não nos é evidente a relação de necessidade, afirmada pela Relação, entre a pretensão de produção de efeitos da resolução dois meses após a respectiva emissão e a inexistência de uma situação de inexigibilidade. Não será esse espaço temporal razoável para o arrendatário procurar nova casa e encetar as diligências necessárias à mudança?

O requisito da inexigibilidade surge tratado de forma mais desenvolvida e clara num acórdão do STJ de 17.02.2011, em que o tribunal aprecia um pedido de resolução com fundamento no incumprimento reiterado do pagamento da

¹¹⁴⁷ Acórdão de 07.06.2011, proc. n.º 270234/09.0YIPRT.L1-1, disponível em www.dgsi.pt.

renda pelo arrendatário, concluindo pela inexigibilidade de manutenção da relação¹¹⁴⁸. O tribunal dá início à apreciação da questão procedendo ao enquadramento do incumprimento no comportamento prévio das partes na execução da relação contratual, concluindo que não se trata de um comportamento isolado, mas recorrente, salientando ainda o cumprimento pontual do contrato pelo senhorio. Em seguida procede à análise dos efeitos do incumprimento reiterado na relação entre as partes, concluindo que, tratando-se de um contrato de execução duradoura, põe em causa de modo irremediável a confiança negocial do locador no locatário. Finalmente, faz apelo a um critério de normalidade social, perguntando se é exigível *«na normalidade da vida, que um locador seja obrigado a permanecer numa relação locatícia com um inquilino que há praticamente um ano não paga as rendas de montante significativo?»*.

A Relação do Porto, por sua vez, define inexigibilidade como *«(...) um controlo suplementar, além do que incide sobre a violação de deveres, contratuais ou legais (...), relativo à justificação da extinção da relação jurídica (...)»*. Na respectiva apreciação deve o tribunal atender a *«regras de experiência e critérios sociais, dos factos provados sobre a violação daqueles deveres, os condicionalismos em que se verificou essa violação e a sua repercussão na relação jurídica de arrendamento»*. Concluir-se-á pela inexigibilidade sempre que *«(...) o comportamento de uma das partes se mostre especialmente lesivo da relação jurídica de arrendamento e a permanência desta relação represente para a outra um sacrifício desrazoável»*¹¹⁴⁹.

Este acórdão é especialmente interessante na distinção que traça entre os requisitos de *gravidade* do incumprimento – aplicável aos contratos de execução instantânea – e de *inexigibilidade de manutenção do contrato* – aplicável aos contratos de execução duradoura – como fundamentos resolutivos. Nos contratos de execução duradoura, na apreciação do incumprimento, não está

¹¹⁴⁸ Proc. n.º 522/08.57TVRT.SI, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁴⁹ Acórdão do tribunal da Relação do Porto de 10.11.2009, proc. n.º 456/08.3TBPFR.P1 (disponível em www.dgsi.pt).

em causa tanto a respectiva gravidade, em si mesma considerada, enquanto *prejuízo*, mas os seus efeitos na confiança das partes no cumprimento. No âmbito dos contratos de execução duradoura celebrados *intuitu personae*, como é o caso do arrendamento, em razão da importância da relação de confiança, verdadeira base do negócio, assume relevância acrescida o efeito do incumprimento naquela. Nestes casos, deverá reconhecer-se à contraparte a faculdade de pôr fim ao contrato quando o incumprimento, ainda que de escassa importância, ponha em causa aquela confiança, base da subsistência do contrato.

3.2. O regime do contrato de agência

No regime da cessação do contrato de agência, encontramos uma norma muito semelhante àquela que acabámos de analisar a propósito da resolução do contrato de arrendamento. Nos termos do artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 178/86, o contrato de agência pode ser resolvido por qualquer das partes «a) [s]e a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual; b) Se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia». O critério decisivo no reconhecimento de um direito de resolução é pois aqui também a *inexigibilidade* da manutenção do vínculo¹¹⁵⁰.

A leitura da *inexigibilidade* é, como não poderia deixar de ser, semelhante à que vimos acima a propósito do regime do arrendamento urbano. Assim, segundo PINTO MONTEIRO, também aqui a gravidade do incumprimento deve ser aferida em função da própria natureza da infracção, do respectivo carácter reiterado, das circunstâncias que a rodeiam ou da perda de confiança

¹¹⁵⁰ Neste sentido, BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações...cit.*, p. 77.

provocada na contraparte. Sempre que torne insustentável a manutenção do contrato, deve ser reconhecido à contraparte o direito a fazer cessar o contrato¹¹⁵¹.

Partindo da natureza do contrato de agência como relação duradoura, caracterizada pela estabilidade, frequente dependência entre as partes, geradora de uma relação de colaboração entre as partes, MARIA HELENA BRITO reconhece em ambos os casos previstos nas alíneas a) e b) do artigo 30.º factos susceptíveis de impedir a prossecução do *fim de cooperação* a que o contrato se propõe. Por esta razão, a sua ocorrência justificará a não exigibilidade da manutenção do contrato e, bem assim, a respectiva cessação unilateral¹¹⁵².

Note-se a introdução pela alínea b) de uma variação em relação ao regime do arrendamento, recebendo em certa medida o instituto da alteração das circunstâncias. Trata-se aqui de um fundamento objectivo, não resultante da violação de quaisquer deveres, que impossibilite ou comprometa gravemente o fim do contrato¹¹⁵³.

Na jurisprudência, igualmente essencial também aqui à concretização da noção de inexigibilidade, o STJ, em acórdão de 15.12.2011, esclarece as particularidades do regime de cessação unilateral do contrato de agência em relação ao regime geral do CC. A natureza duradoura do contrato de agência faria pressupor uma relação de confiança e de estreita colaboração que se reflectiria em determinadas particularidades no que concerne à valoração do incumprimento para efeitos de resolução. O incumprimento deve, por isso, ser apreciado em função do seu impacto na exigibilidade de manutenção do contrato, esclarecendo o STJ que «(...) a inexigibilidade tem a ver com o prognóstico de risco e com a frustração do fim do contrato (...)»¹¹⁵⁴.

¹¹⁵¹ *Contrato...cit.*, p. 135.

¹¹⁵² «O Contrato...cit.», p. 109 e 130.

¹¹⁵³ Neste sentido, MONTEIRO, António Pinto, *Contrato...cit.*, p. 135 e ss. e *Denúncia...cit.*, p. 71 a 73. No mesmo sentido, BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações...cit.*, p. 77.

¹¹⁵⁴ Proc. n.º 2/06.3RBCTB.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

3.3. Em especial, a justa causa nos regimes dos contratos de mandato e de trabalho

Em ambos regimes analisados, contrato de arrendamento e contrato de agência, a doutrina refere-se à consagração de um mecanismo de resolução por *justa causa*. A *justa causa*, muito embora não se encontre reconhecida de forma expressa na lei como fundamento resolutivo geral, é acolhida, pontualmente, em determinados tipos contratuais, como critério determinante no reconhecimento de um direito a resolver o contrato. Tal sucede, desde logo no contrato de trabalho, mas também nos contratos de sociedade (artigo 1002.^o¹¹⁵⁵), comodato (artigo 1140.^o¹¹⁵⁶), mútuo (artigo 1150.^o¹¹⁵⁷), mandato (artigo 1170.^o, n.^o 2), depósito (artigos 1194.^o e 1201.^o¹¹⁵⁸), bem como num negócio jurídico unilateral, como a procuração (artigo 265.^o, n.^o 3¹¹⁵⁹) e no contrato de seguro¹¹⁶⁰. Encontrando-se o tratamento da *justa causa*, enquanto fundamento resolutivo, especialmente desenvolvido pela doutrina e jurisprudência portuguesas no

¹¹⁵⁵ Nos termos do n.^o 2 do artigo 1002.^o do CC, se a duração da sociedade tiver sido fixada no contrato, os sócios apenas podem exercer o respectivo direito de exoneração nas condições previstas no contrato ou quando ocorra *justa causa*. Nos casos em que não haja fixação de prazo, pode o sócio exercer a todo o tempo aquele direito, à semelhança do que sucede com o direito de denúncia.

¹¹⁵⁶ Nos termos do artigo 1140.^o do CC, «*não obstante a existência de prazo, o comodante pode resolver o contrato, se para isso tiver justa causa*».

¹¹⁵⁷ O artigo 1150.^o do CC determina uma causa específica de resolução do contrato de mútuo, uma justa causa, o não pagamento pelo mutuário dos juros devidos.

¹¹⁵⁸ No caso de depósito oneroso, se o depositante resolver o contrato antes do decurso do respectivo prazo terá de satisfazer por inteiro a retribuição do depositário, salvo se para isso tiver justa causa (artigo 1194.^o do CC). Quanto ao direito de resolução do depositário, determina o artigo 1201.^o do CC que, quando o contrato de depósito tiver prazo, só havendo justa causa poderá resolver o contrato antes daquele findar. Não tendo sido convencionado prazo para a restituição da coisa, o depositário tem o direito de a restituir a todo o tempo.

¹¹⁵⁹ Nos termos do n.^o 3 do artigo 265.^o, quando a procuração tiver sido conferida também no interesse do procurador ou de terceiro, não pode ser revogada sem acordo do interessado, salvo ocorrendo *justa causa*.

¹¹⁶⁰ Nos termos do artigo 116.^o do regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.^o 72/2008, de 16 de Abril, este pode ser resolvido a todo o tempo, por qualquer uma das partes, mediante a ocorrência de justa causa.

âmbito dos regimes do contrato de mandato e do contrato de trabalho, prosseguiremos com a respectiva análise.

3.3.1. Na revogação unilateral do mandato de interesse comum

O n.º 2 do artigo 1170.º estabelece um desvio ao princípio da livre revogabilidade do mandato, determinando que, quando o mandato tenha sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, a sua revogação unilateral dependerá da ocorrência de justa causa¹¹⁶¹.

A determinação do conteúdo da justa causa está, como salienta JANUÁRIO DA COSTA GOMES, longe de ter uma solução fácil. Em razão da indeterminação do conceito e da sua polissemia, apenas face ao caso concreto será possível detectá-la¹¹⁶².

Parece todavia haver acordo na doutrina no sentido de o critério da inexigibilidade, segundo a boa fé, da manutenção da vinculação de uma das partes à relação, ser essencial na averiguação da ocorrência de justa causa¹¹⁶³. Assim, existe *justa causa* «(...) sempre que circunstâncias posteriores tornem *inexigível para o mandante, de acordo com a boa fé, a manutenção do vínculo contratual*»¹¹⁶⁴. No que concerne à natureza das circunstâncias relevantes na realização de tal juízo, entende-se que podem ser tanto subjectivas, como objectivas, reconduzíveis a comportamentos da contraparte, bem como a acontecimentos que lhe sejam estranhos. Essencial é que sejam «(...) *pela sua*

¹¹⁶¹ Como já tivemos oportunidade de referir acima, entendemos tratar-se aqui de uma faculdade resolutiva – ainda que sem efeitos retroactivos – e não de revogação (*supra*, capítulo III, §1.1, 2.). Veja-se, por todos, neste sentido, LEITÃO, Adelaide Menezes, «Revogação...cit.», p. 323.

¹¹⁶² *Em Tema...cit.*, p. 220.

¹¹⁶³ Neste sentido, GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema...cit.*, p. 220.

¹¹⁶⁴ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito...cit.*, vol. III, p. 481.

natureza, reiteração ou pelas suas repercussões na esfera do mandante, de tal modo graves que seja objectivamente inexigível a manutenção do vínculo»¹¹⁶⁵.

A jurisprudência tende a acompanhar esta doutrina, recorrendo ao critério da inexigibilidade na determinação da existência de justa causa¹¹⁶⁶. Em regra, entende-se que constituirá justa causa «(...) *uma violação dos deveres contratuais (e, portanto, um incumprimento) (...) que torna insuportável ou inexigível para a parte não inadimplente a continuação da relação contratual*». Poderá, ainda relevar, qualquer «(...) *facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim, qualquer conduta que possa fazer desaparecer pressupostos, pessoais ou reais, essenciais ao desenvolvimento da relação, designadamente qualquer conduta contrária ao dever de correcção e lealdade (ou ao dever de fidelidade na relação associativa)*»¹¹⁶⁷.

A especial importância assumida pelos deveres acessórios de conduta que encontramos já a propósito da apreciação da inexigibilidade de manutenção do contrato de arrendamento, surge novamente no âmbito do contrato de mandato, bem como a ideia de *quebra de confiança*, frequentemente aliás associada àquela. Com efeito, parte da doutrina defende que, em razão da natureza do seu objecto, que permite a uma parte entrar no círculo de interesses da outra, aumentando o risco de lesão, o contrato de mandato pressupõe uma *relação de particular confiança entre as partes*^{1168/1169}. A relação de confiança que lhe subjaz e a respectiva natureza enquanto contrato de colaboração, isto é, que pressupõe um «*quadro permanente de colaboração intersubjectiva*»¹¹⁷⁰, geram uma

¹¹⁶⁵ GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema...cit.*, p. 223.

¹¹⁶⁶ Assim, em acórdão de 16.09.2008, proc. n.º 08A1941 (disponível em www.dgsi.pt), afirma o STJ, citando BAPTISTA MACHADO, que «[s]erá uma justa causa qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual».

¹¹⁶⁷ Acórdão do STJ de 05.05.2005, proc. n.º 05B489. No mesmo sentido, o acórdão do STJ de 05.05.2005, proc. n.º 005B489. Ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹¹⁶⁸ Neste sentido, LEITÃO, Adelaide Menezes, «"Revogação...cit.", p. 311, nota de rodapé n.º 28.

¹¹⁶⁹ PESSOA JORGE refere que o contrato de mandato corresponde, fundamentalmente, à ideia de alguém *confiar* a outrem a realização de um ou mais actos (*O Mandato Sem Representação*, reimp. da edição de 1961, Almedina, 2001, p. 17).

¹¹⁷⁰ LEITÃO, Adelaide Menezes, «"Revogação...cit.", p. 309.

intensificação dos deveres laterais emergentes da boa fé, deveres de lealdade, informação, cuidado e vigilância¹¹⁷¹.

Neste quadro é frequente encontrar-se na jurisprudência referências à *quebra da confiança* como consubstanciando *justa causa*. Assim, o STJ, em acórdão de 02.03.2011, refere que a parte que revogou o mandato «[n]ão provou, (...) qualquer ocorrência concreta que, objectivamente apreciada, pudesse justificar a quebra do vínculo de confiança em que necessariamente assenta uma relação contratual do tipo da que aqui se discute»¹¹⁷².

3.3.2. No contrato de trabalho

O regime jurídico do despedimento por justa causa é particularmente interessante enquanto reflexo claro da tensão entre a liberdade de desvinculação e o princípio *pacta sunt servanda*, concretizado no princípio da estabilidade do emprego¹¹⁷³. Em razão da protecção constitucional de que a segurança no emprego é objecto, é uma área em que os desvios ao princípio da estabilidade ganham relevância acrescida.

Esta essencialidade do regime do despedimento e a centralidade que neste assume o conceito de justa causa fazem com que seja talvez a área do Direito em que o estudo dos contornos e conteúdo da noção de justa causa se encontrem mais desenvolvidos^{1174/1175}.

¹¹⁷¹ Neste sentido, FARIA, João Ribeiro de, *Direito...cit.*, I, p. 127 e LEITÃO, Adelaide Menezes, «Revogação...cit.», p. 39.

¹¹⁷² Proc. n.º 2464/03.1TBALM.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁷³ TIMBANE, Tomás Luís, *A Rescisão...cit.*, p. 19.

¹¹⁷⁴ O estudo da justa causa no âmbito do contrato de trabalho será aqui realizado e limitado em função do objecto do nosso estudo. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, veja-se, entre outros, CRUZ, Pedro Pinto, *A Justa Causa de Despedimento na Jurisprudência*, Almedina, 1990; XAVIER, Bernardo Lobo, «Justa...cit.», p. 1 a 68; *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação Pedro Romano Martínez, Almedina, 2001; TIMBANE, Tomás Luís, *A Rescisão...cit.*; BARBOSA, Paula, *Da ilicitude do despedimento por justa causa e suas consequências legais*, A.A.F.D. Lisboa, 2007; GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, I, p.944 e ss.; RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito...cit.*, Parte II, p. 896 e ss.

(a) A evolução do conceito

(i) A inexigibilidade

A Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937, que «estabelece as bases a que devem obedecer os contratos de trabalho», definia como justa causa «qualquer facto ou circunstância grave que torne prática e imediatamente impossível a subsistência das relações que o contrato de trabalho supõe» (artigo 11.º, § único).

A primeira versão da Lei do Contrato Individual de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966, bem como a versão resultante do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, acolheram, no essencial aquele critério, determinando que constitui justa causa «qualquer facto ou circunstância grave que torne praticamente impossível a subsistência das relações que o contrato de trabalho supõe, nomeadamente a falta de cumprimento dos deveres previstos nos arts. 19.º e 20.º» (artigo 101.º, n.º 2).

¹¹⁷⁵ O conceito de justa causa encontra-se intimamente relacionado com o Direito do Trabalho. De facto, já do Código de Seabra constam referências à justa causa no domínio da relação laboral, a propósito, designadamente, do contrato de serviço doméstico. Assim, nos termos do artigo 1376.º, «[o] serviçal contractado por tempo certo não pode ausentar-se nem despedir-se, sem justa causa, antes que preencha o tempo ajustado». O artigo 1376.º determina que situações são susceptíveis de consubstanciar justa causa: «[d]iz-se justa causa a que provém: 1.º Da necessidade de cumprir as obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço; 2.º De perigo manifesto de algum damno, ou mal considerável; 3.º De não cumprimento da parte do amo das obrigações a que esteje adstricto para com o serviçal; 4.º De molestia que impossibilite o serviçal de cumprir com o seu serviço; 5.º De mudança de residencia do amo para logar que não convenha ao serviçal». Despedindo-se com justa causa tinha o serviçal direito a ser pago por todas as soldadas vencidas (artigo 1378.º), sem justa causa perdia o direito a estas (artigo 1379.º). Também nos termos do artigo 1380.º encontrava-se o direito do amo a despedir o serviçal dependente da verificação de justa causa que poderia traduzir-se na *inhabilitade do serviçal para o serviço ajustado, os seus vícios molestias ou mau procedimento ou a quebra ou a falta de recursos do amo* (artigo 1381.º). O despedimento sem justa causa determinava a obrigação do amo pagar ao serviçal a *sua soldada por inteiro* (artigo 1382.º). Também no âmbito do contrato de serviço assalariado dispunha ainda o artigo 1394.º que «[o] serviçal, assalariado por dia, ou pelos dias necessários para perfazer certo serviço, não pode abandonar o trabalho, nem pode o servido despedi-lo, antes que finde o dicto dia ou dias, não havendo justa causa. *§único. Se o serviçal ou o servido fizerem o contrário, aquelle perderá o salário vencido, e este será obrigado a pagá-lo por inteiro, como se fora feito*».

A justa causa era então sinónimo de inexigibilidade, verificando-se «(...) sempre que o estado de premência no despedimento fosse de julgar mais importante que os interesses opostos na permanência do contrato – ou “quando uma justa ponderação de interesses” justificasse “o pronto despedimento»¹¹⁷⁶. A verificação da justa causa dependia assim de uma ponderação dos interesses opostos presentes.

(ii) A introdução da culpa

A Lei dos Despedimentos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de Julho, veio alterar o conceito de justa causa, definindo-a como «comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, constitua infracção disciplinar que não comporte a aplicação de outra sanção admitida por lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho» (artigo 10.º, n.º 1).

A justa causa passou, por força desta alteração legislativa, a integrar o requisito da culpa, o que se manteve até hoje.

Por outro lado, por força do artigo 12.º, n.º 5, que esclarecia que elementos devem ser tidos em conta na determinação da existência de justa causa, concluiu-se que a análise e ponderação dos interesses das partes deve dar lugar à ponderação do «grau de lesão dos interesses da economia nacional ou da empresa, o carácter geral das relações entre as partes, a prática disciplinar da empresa, quer em geral, quer em relação ao trabalhador atingido, o carácter das relações do trabalhador com os seus companheiros», para além, naturalmente, de todas as circunstâncias relevantes do caso.

O diploma distinguiu ainda, quanto ao despedimento promovido pela entidade patronal, entre a justa causa, circunscrita a fundamentos meramente disciplinares, e o motivo atendível, que congregava causas objectivas, ligadas ao

¹¹⁷⁶ VASCONCELOS, Joana, «O conceito de justa causa de despedimento – Evolução legislativa e situação actual», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação Pedro Romano Martínez, Almedina, 2001, p. 21.

trabalhador ou à empresa. Note-se apenas que uma das alterações introduzidas ao regime dos despedimentos constante do Decreto-Lei n.º 372-A/75, pelo Decreto-Lei n.º 84/76, de 28 de Janeiro, consistiu na revogação do despedimento por *motivo atendível*, inviabilizando o despedimento por quaisquer outras razões que não as *graves razões de ordem disciplinar* que integravam a justa causa. Finalmente, refira-se que o despedimento passou a poder apenas ocorrer quando, em concreto, se concluísse pela inadequação das restantes medidas disciplinares.

(iii) O regresso à inexigibilidade

O Decreto-Lei n.º 841-C/76, de 7 de Dezembro, regressou à definição de justa causa como o «*comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho*», muito embora se tenha mantido o requisito da culpa, evidenciando uma função sancionatória do instituto.

A Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 29 de Fevereiro, reiterou o conceito de justa causa do Direito anterior¹¹⁷⁷. Afastou-se ainda da concepção estritamente disciplinar do despedimento, recuperando ainda a noção de justa causa objectiva, ao admitir ao lado do despedimento colectivo, o despedimento individual por necessidade da empresa, fundado na extinção do posto de trabalho. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 400/91, de 16 de Outubro, reintroduziu o despedimento por inadaptação do trabalhador.

Coexistiam assim, justa causa *subjectiva* – fundada num comportamento culposo do trabalhador – e justa causa *objectiva*, dependendo ambas da

¹¹⁷⁷ O n.º 1 do artigo 9.º dispunha que «[o] *comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho constitui justa causa de despedimento*».

verificação da impossibilidade prática de manutenção da relação laboral (artigos 9.º, n.º 1, 26.º e 27.º, n.º 1 b) do Decreto-Lei n.º 64-A/89 e artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 400/91).

(b) O conceito actual de justa causa. A impossibilidade prática e imediata de subsistência da relação laboral

A Constituição proíbe no artigo 53.º o despedimento sem justa causa, encontrando-se o conceito definido, em geral, no n.º 1 do artigo 351.º do CT, seguindo-se-lhe no n.º 2 do mesmo artigo uma enunciação exemplificativa de situações que consubstanciam justa causa. Nos termos do n.º 1 do artigo 351.º do CT, «[c]onstitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho».

Trata-se de uma cláusula geral, em que se exige um comportamento do trabalhador culposo, ilícito, que, pelas suas consequências, torne impossível, de forma imediata, a subsistência da relação.

Também aqui, a recondução de uma situação concreta a este conceito não se pode realizar por mera subsunção, uma operação automática, dependendo antes do recurso a coordenadas valorativas da ordem jurídica, que evoluem ao longo dos tempos¹¹⁷⁸.

(i) Um conceito de preenchimento eminentemente casuístico

Nos termos do artigo 351.º do CT, para que um comportamento consubstancie *justa causa*, exige-se a gravidade tanto deste (em si mesmo considerado), como das suas consequências para o empregador, de tal forma que tornem impossível a subsistência da relação. Exige-se assim, na justa causa,

¹¹⁷⁸ Veja-se *supra* a evolução da jurisprudência constitucional quanto ao conceito de *justa causa*, capítulo III, §1.4, 5.

duas componentes, uma gravidade subjectiva (culpa grave do trabalhador) e uma gravidade objectiva (impossibilidade de manutenção da relação)¹¹⁷⁹.

A «impossibilidade prática e imediata de subsistência da relação laboral» constitui claramente o cerne da justa causa¹¹⁸⁰, o *critério básico* de justa causa, «a pedra de toque do sistema»¹¹⁸¹. A questão relevante consiste, naturalmente, em determinar que factores devem ser atendidos na avaliação daquela impossibilidade de manutenção do contrato.

Um dos primeiros elementos a ter em conta na apreciação da gravidade do comportamento para o empregador, chama a atenção JÚLIO VIEIRA GOMES, resulta da natureza do despedimento enquanto sanção disciplinar cuja aplicação se enquadra no exercício do poder disciplinar, pelo empregador, que, por sua vez, «representa o ponto de encontro por excelência entre o contrato e as necessidades da organização». Por esta razão, a gravidade da infração não pode ser apenas aferida em função do contrato violado, devendo antes ser apreciada nos efeitos que terá na estrutura organizacional em que se insere, designadamente quanto à respectiva estabilidade e paz. O despedimento é, de facto, neste quadro, também um meio de manutenção da funcionalidade da organização e de reafirmação da autoridade do empregador. Dever-se-á assim, na apreciação do comportamento do trabalhador, ter em atenção factores que não serão tidos em conta, designadamente, no âmbito de contratos de execução instantânea, como «(...) a sua repercussão no ambiente da empresa, as relações entre colegas, o passado disciplinar do infractor (...)»¹¹⁸². Será relevante, designadamente, se o

¹¹⁷⁹ Neste sentido, o STJ, em acórdão de 27.11.2007, define o conceito de justa causa como compreendendo, «(...) segundo o entendimento generalizado tanto na doutrina, como na jurisprudência, três elementos: a) um elemento subjectivo, traduzido num comportamento culposos do trabalhador, por acção ou omissão; b) um elemento objectivo, traduzido na impossibilidade da subsistência da relação de trabalho; c) o nexo de causalidade entre aquele comportamento e esta impossibilidade.» (proc. n.º 07S2879, disponível em www.dgsi.pt).

¹¹⁸⁰ VASCONCELOS, Joana, «O conceito...cit.», p. 34.

¹¹⁸¹ XAVIER, Bernardo Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª ed. (com aditamento de actualização), Verbo, 1999, p. 489 e 491.

¹¹⁸² GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 948.

comportamento minou a autoridade do superior hierárquico ou empregador, se lesou a imagem da empresa de alguma forma.

No mesmo sentido, LOBO XAVIER, partindo da ideia de que a *impossibilidade* de subsistência da relação se refere, essencialmente, à posição do empregador, conclui que esta «(...) *não respeita propriamente ao contrato, ou às prestações contratuais: traduz um modo sintético de referir uma situação em que a emergência do despedimento ganha interesse sobre as garantias do despedimento*»¹¹⁸³.

A gravidade do comportamento para o empregador não tem pois de revestir natureza patrimonial, bastando que gere a *perda de confiança* do empregador no trabalhador. O prejuízo consiste na destruição da *confiança mínima em que assenta a relação laboral*¹¹⁸⁴. Poderá assim consubstanciar justa causa o furto de uma pequena quantia dos fundos da empresa.

Igualmente relevante no correcto preenchimento do conceito de justa causa e na aferição da gravidade do comportamento é, como chama a atenção JÚLIO VIEIRA GOMES, o apelo à adequação social, que impõe a consideração na apreciação do comportamento de todas as circunstâncias que, no caso concreto, se mostrem relevantes¹¹⁸⁵. O conceito de *justa causa* é, como se sabe, um conceito indeterminado que apenas poderá ser correctamente preenchido no caso concreto, tendo em conta as diferentes circunstâncias relevantes (por exemplo, a localização geográfica da empresa, a dimensão desta, a natureza das relações entre empregador e trabalhador, entre outros)¹¹⁸⁶. Apenas inserido o acto no respectivo contexto será possível apreciar da respectiva gravidade, já que o mesmo acto poderá, num contexto, ser aceitável e noutro extremamente gravoso.

¹¹⁸³ XAVIER, Bernardo Lobo, *Curso...cit.*, p. 494.

¹¹⁸⁴ GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 951. Neste sentido, JOSÉ JOÃO ABRANTES chama a atenção para o facto de a jurisprudência, na concretização da justa causa, recorrer frequentemente à ideia de *confiança*, na medida em que a perda desta constituiria fundamento para a cessação da relação laboral (*Direito do Trabalho. Ensaíos*, Cosmos, 1995, p. 130).

¹¹⁸⁵ GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 955 e ss.

¹¹⁸⁶ GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 955.

Serão ainda relevantes na apreciação da justa causa, a antiguidade do trabalhador, a (in)existência de antecedentes disciplinares, a posição hierárquica deste, bem como o exercício de especiais funções de confiança. A verificação de uma situação de impossibilidade de subsistência da relação deve ser realizada ainda atendendo aos valores presentes no nosso ordenamento, revelados nas típicas justas causas de despedimento constantes da própria lei.

A doutrina é unânime na impossibilidade de qualificação *ex antes* de uma situação como de justa causa. O preenchimento do conceito deve ser realizado caso a caso, devendo-se após o apuramento de uma determinada causa de despedimento averiguar se esta torna *imediate e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho*, podendo-se aqui, como refere MENEZES CORDEIRO, falar de uma espiral de concretização para descrever o movimento entre o conceito indeterminado de justa causa e o caso concreto¹¹⁸⁷.

LOBO XAVIER chama ainda a atenção para a importância do emprego de casos típicos, standards, que ajudem a colmatar a falta de informação imediata de conteúdo da justa causa¹¹⁸⁸.

(ii) Em especial, o valor sintomático do incumprimento

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que a justa causa releva sobretudo na medida em que o incumprimento do trabalhador tem um valor

¹¹⁸⁷ «Justas causas de despedimento», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação Pedro Romano Martínez, Almedina, 2001, nota de rodapé n.º 13, p. 13. Neste sentido, o acórdão do STJ de 17.03.2010 determina que, «[n] a apreciação da gravidade da culpa e das suas consequências, deve recorrer-se ao entendimento do “bonus pater familiae”, de um “empregador razoável”, segundo critérios objectivos e razoáveis, em face do circunstancialismo concreto, devendo atender-se, “no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes” (art. 396.º, n.º 2 do CT)» (proc. n.º 93/08.2TTBRR.S1, disponível em www.dgsi.pt).

¹¹⁸⁸ XAVIER, Bernardo Lobo, *Curso...cit.*, p. 499 e ss.

sintomático quanto à execução futura do contrato e aos riscos de inadimplemento futuro¹¹⁸⁹.

Tal resulta, de forma clara, por exemplo, em LOBO XAVIER, da concepção – minoritária na doutrina – do contrato de trabalho como uma relação pessoal de carácter fiduciário¹¹⁹⁰. Neste quadro o Autor relaciona a possibilidade de desvinculação unilateral do empregador com a perda de confiança pessoal suposta nos vínculos laborais¹¹⁹¹, pressupondo assim a concretização da noção de justa causa um juízo de prognose sobre a viabilidade *futura* da relação laboral¹¹⁹².

Esta referência ao futuro e à relevância do incumprimento enquanto indício da execução futura do contrato é comum na doutrina e na jurisprudência, muito embora não seja unânime. JÚLIO VIEIRA GOMES, designadamente, entende que o juízo relevante deve procurar determinar se o comportamento presente (ou passado) do trabalhador inviabiliza *no presente* aquela relação, não sendo exigível ao empregador a sua manutenção¹¹⁹³. Se assim não fosse, isto é, se o incumprimento relevasse sobretudo como *indício* de violações futuras do contrato, o despedimento transformar-se-ia num

¹¹⁸⁹ Assim, o STJ em acórdão de 17.03.2010 afirma que «[e]xiste a impossibilidade prática e imediata de subsistência da relação laboral quando ocorra uma situação de absoluta quebra de confiança entre a entidade empregadora e o trabalhador, susceptível de criar no espírito da primeira a dúvida sobre a idoneidade futura do último, deixando de existir o suporte psicológico mínimo para o desenvolvimento dessa relação laboral» (proc. n.º 93/08.2TTBRR.S1, disponível em www.dgsi.pt). Veja-se, ainda, o acórdão do STJ de 02.02.2010 nos termos do qual, «[a] impossibilidade de subsistência do vínculo deve ser reconduzida à ideia de “inexigibilidade” da sua manutenção, mais se exigindo uma impossibilidade prática, com necessária referência ao vínculo laboral em concreto, e imediata, no sentido de comprometer, desde logo e sem mais, o futuro do contrato de trabalho. (...) Para integrar este elemento, torna-se necessário fazer um prognóstico sobre a viabilidade da relação contratual, no sentido de saber se ela contém, ou não, a aptidão e a idoneidade para prosseguir a função típica que lhe está cometida» (proc. n.º 637/08.0TTBRG.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt).

¹¹⁹⁰ No mesmo sentido, o já referido acórdão do STJ de 02.02.2010 refere que, «[n]o âmbito das relações de trabalho, tem vindo a ser enfatizado o papel da confiança, salientando-se, para o efeito, a sua forte componente fiduciária, para se concluir que a confiança contratual é particularmente afectada quando se belisca o dever de leal colaboração, cuja observância é fundamental para o correcto implemento dos fins prático-económicos a que o contrato se subordina».

¹¹⁹¹ XAVIER, Bernardo Lobo, *Curso...cit.*, p. 479.

¹¹⁹² XAVIER, Bernardo Lobo, *Curso...cit.*, p. 493.

¹¹⁹³ GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 953.

despedimento por pura perda da confiança. Esta referência excessiva ao futuro comporta, segundo o Autor, alguns riscos na medida em que abre a porta a que na apreciação da existência de justa causa se desconsidere o incumprimento ocorrido em benefício da especulação sobre o futuro do contrato, conduzindo à qualificação como justa causa de situações em que nem o incumprimento é particularmente grave, nem a culpa do trabalhador, como aliás o demonstra alguma jurisprudência partidária desta orientação^{1194/1195}.

§3.3. EM ESPECIAL, A JUSTA CAUSA COMO LIMITE AO DIREITO À MANUTENÇÃO NOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO DURADOURA

Na proposta tarefa de delimitação do direito à manutenção do contrato, identificámos, nos regimes contratuais analisados, caracterizados pela respectiva execução duradoura, a *justa causa* como fundamento de resolução do contrato. O regime do arrendamento urbano determina que apenas o incumprimento do contrato que, «*pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento*», constitui fundamento bastante para a resolução (n.º 2 do artigo 1083.º do CC). O contrato de agência, por sua vez, apenas pode ser resolvido «*a) [s]e a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual; b) Se ocorrerem circunstâncias que tornem*

¹¹⁹⁴ GOMES, Júlio Vieira, *Direito...cit.*, vol. I, p. 953. Esta recondução e circunscrição da justa causa à quebra da confiança assenta numa concepção do contrato de trabalho como negócio de confiança. Ora, como bem chama a atenção JOANA NUNES VICENTE, o carácter fiduciário não é indissociável da relação laboral. Por um lado, esta nem sempre preencherá as características do negócio de confiança e, por outro, a justa causa, ainda que fazendo apelo ao elemento fiduciário da relação, exige a ponderação de outros elementos. Para mais desenvolvimentos sobre a natureza fiduciária da relação laboral, veja-se *A Fuga à relação de Trabalho (Típica): Em Torno da Simulação e da Fraude à Lei*, Almedina, 2008, p. 96, nota de rodapé n.º 191, em especial, p. 99.

¹¹⁹⁵ Veja-se ainda, quanto à justa causa no âmbito do contrato de trabalho, DRAY, Guilherme Machado, «Justa causa e esfera privada», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação de Pedro Romano Martínez, Almedina, 2001, p. 15 a 91.

impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia» (artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 178/86). O n.º 2 do artigo 1170.º determina que, quando o mandato tenha sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, a sua revogação unilateral dependerá da ocorrência de justa causa. E, finalmente, o CT determina que o despedimento depende da verificação de justa causa, esclarecendo o n.º 1 do artigo 351.º do Código, que «[c]onstitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho».

Para além de tais previsões normativas, de aplicação circunscrita a um tipo contratual em particular, não encontramos no regime geral das obrigações uma disposição que acolha este fundamento resolutivo em termos mais amplos. Tal não impediu doutrina e jurisprudência de reconhecerem na justa causa um fundamento resolutivo geral das relações obrigacionais de carácter duradouro. No universo dos contratos de execução duradoura a *justa causa* consubstancia pois um limite ao direito à manutenção do contrato, um desvio ao princípio *pacta sunt servanda*¹¹⁹⁶.

A presente secção centrar-se-á no esclarecimento da medida em que a *justa causa* opera como instrumento, critério, na determinação dos limites do direito à manutenção do contrato.

Importa por isso proceder à definição da justa causa enquanto fundamento resolutivo dos contratos de execução duradoura. Nesta tarefa, na qual nos socorreremos dos elementos já recolhidos no âmbito da análise de alguns regimes contratuais em particular, procuraremos identificar as especificidades deste fundamento de desvinculação do contrato face, designadamente, à resolução por incumprimento no universo dos contratos de

¹¹⁹⁶ Veja-se, quanto à aplicação da resolução por justa causa às relações de execução instantânea, *infra*, nota de rodapé n.º 1274.

execução instantânea. Constituirá, por esta razão, ponto de partida do nosso estudo uma breve caracterização dos elementos individualizadores dos contratos de execução duradoura.

1. As relações de execução duradoura¹¹⁹⁷

1.1. A relevância do tempo nas relações duradouras

As obrigações duradouras surgem para suprir necessidades de natureza não transitória, sejam estas contínuas ou periódicas. Trata-se aqui, por exemplo, da necessidade que cada indivíduo tem de determinados bens como a água ou a electricidade ou da necessidade que os estabelecimentos comerciais ou industriais têm de fornecimento periódico dos produtos que comercializam ou de matérias-primas. Em grande medida por razões de estabilidade, mormente económica, a satisfação de necessidades desta natureza tende a passar pela criação de relações obrigacionais de carácter duradouro, já que por esta via será, em regra, mais fácil assegurar, entre outros, determinado preço por um período de tempo mais longo, permitindo desta forma um maior grau de precisão na previsão de custos e ganhos a médio e longo prazo.

O carácter prolongado destas relações e, portanto, o tempo constitui o elemento *central*, determinante, da especificidade e individualidade dos contratos de execução duradoura.

¹¹⁹⁷ Veja-se, na doutrina portuguesa quanto à distinção entre obrigações de execução duradoura e instantânea, SERRA, Adriano Vaz, «Objecto da Obrigação. A Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74, Março de 1958, p. 39 a 42; JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Lições...cit.*, p. 84 e ss.; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...cit.*, p. 434 e ss.; MACHADO, João Baptista, «Pressupostos...cit., p. 125 a 193 e anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 271 a 282; VARELA, João Antunes, *Das Obrigações...cit.*, I, p. 94 a 99; FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 559 e ss.; COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito...cit.*, p. 612 a 619; LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações...cit.*, I, p. 137 e ss.; e CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 523 e ss.

É o *tempo* que determina o seu surgimento e é igualmente o *tempo* que afasta estas relações de um determinado paradigma de contrato, em que as obrigações se encontram precisamente definidas *ab initio* e o clausulado tem um carácter eminentemente estático. A relação duradoura é, por natureza, dinâmica e, bem assim *aberta*, aproximando-se, por vezes, de um *mero* programa de *cooperação* entre as partes.

O longo período de vigência destas relações, frequentemente aliado e reflectido na complexidade do programa contratual, reclama uma certa adaptabilidade e flexibilidade perante elementos supervenientes nunca inteiramente previsíveis no momento da estipulação do clausulado que irá reger o negócio. A fixação detalhada do programa contratual é impossível e, não raras vezes, indesejável, na medida em que uma excessiva rigidez pode constituir obstáculo à prossecução dos interesses das partes. O contrato *deve* ser mantido relativamente aberto. Esta abertura pode realizar-se por duas vias: seja por meio de uma menor densidade do tecido normativo contratual, seja através da previsão de mecanismos de adaptação do contrato.

É no contexto destes contratos de execução duradoura, nas áreas em que as partes não previram, não regularam, que cabe ao Direito positivo o papel de complementar o programa contratual, designadamente através de regras de distribuição do risco, de adaptabilidade do contrato a alterações das circunstâncias, bem como da construção e imposição de deveres de comportamento.

Por outro lado, é também o *tempo* que propicia um maior *contacto pessoal* entre as partes e aumenta o risco de *dependência* entre estas, tornando-as mais vulneráveis aos comportamentos negociais da contraparte¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁸ Esta característica tendencial dos contratos de execução duradoura encontra-se no cerne da doutrina de *relational contracts* que analisaremos adiante (ver *infra* §3.3., 1.3.1).

1.2. O conteúdo da relação jurídica de execução duradoura

Os efeitos do *tempo*, seja na imposição de um maior dinamismo da relação, seja na propensão para uma maior proximidade entre as partes, reflectem-se no conteúdo da relação contratual duradoura, referindo aqui a doutrina e a jurisprudência, em particular, a relevância do princípio da boa fé e dos deveres acessórios de conduta, por um lado e, por outro, da *confiança*¹¹⁹⁹.

(a) A intensificação da regra de conduta segundo a boa fé

Como contrapartida da abertura do programa contratual e do agravamento do risco decorrente da maior vulnerabilidade de cada uma das partes ao comportamento da outra, a regra da conduta segundo a boa fé assume um papel marcado na fundamentação dos deveres acessórios que recaem sobre os contraentes e que se têm neste universo contratual por mais *intensos*¹²⁰⁰.

Surge, em particular, frequentemente referido um *dever de cooperação*, de conteúdo particularmente exigente, que se traduziria, por um lado, numa obrigação de assistência mútua entre as partes sempre que houvesse perigo de os respectivos interesses serem afectados e, por outro, numa obrigação de abstenção de comportamentos que pudessem interferir no fim visado pela contraparte com a celebração do contrato¹²⁰¹.

¹¹⁹⁹ Nem sempre, como veremos, é clara a distinção entre os dois campos, boa fé, de um lado, e, de outro, confiança.

¹²⁰⁰ Neste sentido, destacando o protagonismo dos deveres de conduta decorrentes da boa fé, veja-se, no Direito alemão, OETKER, H., *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*, J.C.B. Mohr (Siebeck), 1994, p. 233 e ss. e 244 e ss. e LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 32.

¹²⁰¹ Neste sentido, FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 563.

A ideia de cooperação surge pois ligada aos contratos de execução duradoura¹²⁰², sendo frequente doutrina e jurisprudência associarem-lhe ainda a tendencial natureza *intuitu personae* destas relações, que espelhará a necessidade de um relacionamento *estrito* e *solidário* entre os sujeitos¹²⁰³.

Muito embora, como já tivemos oportunidade de verificar, seja frequente a associação entre contratos de execução duradoura, a intensificação de deveres acessórios de conduta, em especial de cooperação, e a natureza *intuitu personae* das relações, a verdade é que não existe uma relação de necessidade entre a natureza duradoura e *intuitu personae* destes contratos, nem tão pouco entre aquela e uma lógica de cooperação mais intensa, quando comparada com a prática *normal* no mercado jurídico. Basta para tal pensarmos nos contratos de fornecimento de electricidade ou de água em que claramente não existe uma relação *intuitu personae* ou um qualquer dever de cooperação mais intenso.

Parece-nos por isso mais rigoroso afirmar que, nos contratos de execução duradoura celebrados *intuitu personae* ou que pressuponham uma relação de *especial* colaboração e confiança entre as partes, surgem mais intensos os deveres de boa fé, em especial o dever de cooperação. A *delicadeza* que envolve estas relações determina uma maior exigência no comportamento das partes, tanto na sua formação, como na sua execução¹²⁰⁴. Nestes casos, identificáveis apenas casuisticamente, o padrão de conduta imposto é mais elevado, quando comparado ao *normalmente* exigido no tráfico jurídico indiferenciado, designadamente no âmbito das relações de execução instantânea. Ao lado da relação obrigacional surge um outro vínculo, criado pela relação próxima e prolongada entre as partes, composto por *intensos* deveres de informação, lealdade e protecção, cuja base legal se encontra no n.º 2 do artigo 762.º do CC.

¹²⁰² Assim, MACHADO, João Baptista, referindo a função do dever de colaboração – juntamente com o dever de fidelidade – de tutelar a *subsistência e estabilidade* da relação de execução duradoura (anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 331 e s.).

¹²⁰³ FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 563.

¹²⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 531.

Tanto o conteúdo de tais deveres, como a respectiva intensidade variarão consoante a relação em causa e evoluirão com esta. Em alguns casos, como por exemplo no contrato de trabalho, é a própria lei que densifica estes deveres¹²⁰⁵.

Note-se apenas que este relacionar da interdependência das partes com a intensificação dos deveres de boa fé não é exclusiva dos Direitos romano-germânicos, surgindo igualmente nos Direitos de *common law*, designadamente no Direito norte-americano. Assim, no tratado de WILLISTON, afirma-se que «(...) *since every contract involves some mutual interdependence (...) there is implied in every contract a promise or obligation of good faith and fair dealing (...) and where the dependence of one or both parties grows, so too does the implied obligation of the other, from good faith and fair dealing to an undertaking of reasonableness (...), or to use best efforts, or to exercise due diligence or event to cooperate, or to see to it that a particular result is obtained*»^{1206/1207}.

(b) A confiança

A *confiança* e a figura da *relação de confiança* são, como já tivemos oportunidade de constatar¹²⁰⁸, dois outros elementos frequentemente associados pela doutrina e jurisprudência aos contratos de execução duradoura.

A ausência de uma definição legal, bem como o emprego comum do termo em diferentes acepções e, finalmente ainda, a frequente imixação entre os

¹²⁰⁵ Segundo alguma doutrina, que acompanhamos, as questões de conduta e de intensificação dos deveres acessórios decorrentes da boa fé relevam não só nos contratos de execução duradoura, mas em todos os contratos cuja execução se prolongue por um período considerável de tempo, englobando por isso, entre outros, o contrato de empreitada de imóveis. Neste sentido, FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 563, nota de rodapé n.º 600.

¹²⁰⁶ WILLISTON, S., *A Treatise...cit.*, vol. 23, p. 501 e s.

¹²⁰⁷ Veja-se ainda neste sentido, o §2-306 (2) do UCC, que dispõe: «[a] *lawful agreement by either the seller or the buyer for exclusive dealing in the kind of goods concerned imposes unless otherwise agreed an obligation by the seller to use best efforts to supply the goods and by the buyer to use best efforts to promote their sale*».

¹²⁰⁸ Veja-se em especial o que se disse acima quanto a esta matéria no âmbito dos contratos de arrendamento e de trabalho (capítulo V, §3.2, 3).

campos da boa fé e da confiança^{1209/1210}, presente tanto na doutrina, como na jurisprudência, tornam, numa primeira fase a tarefa de esclarecimento do significado da confiança e, subsequentemente, a determinação da respectiva relevância no âmbito das relações de execução duradoura, matérias de particular complexidade.

Partindo de uma definição lata e não rigorosa do termo *confiança*, pode-se afirmar que todas as relações envolvem algum grau de confiança, cuja intensidade varia consoante o caso concreto, sendo possível distinguir dois grandes níveis.

O primeiro reconduz-se à ideia de confiança como expectativa recíproca das partes no cumprimento, pela contraparte, dos deveres emergentes do contrato. Trata-se de algo que se encontrará, em regra, presente em qualquer relação¹²¹¹. Afirmar que quem entra numa relação contratual constitui *ipso facto* uma relação de confiança pode por isso apenas querer dizer que se espera que a contraparte cumpra todos os deveres emergentes da relação, designadamente os decorrentes da boa fé. Nestes casos não existe, em bom rigor, uma «relação de confiança», já que a existência ou não de confiança não interfere no regime que lhe é aplicável. Por esta razão, para alguma da doutrina, designadamente, CARNEIRO DA FRADA, trata-se de uma utilização do termo em sentido impróprio. A confiança em sentido próprio apenas surgiria quando as partes esperem da

¹²⁰⁹ No que concerne à distinção entre boa fé e confiança, veja-se, em especial, na doutrina portuguesa a *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil* de CARNEIRO DA FRADA, centrada, precisamente, na depuração da responsabilidade pela confiança da responsabilidade pela infração de deveres de comportamento.

¹²¹⁰ De facto, mesmo entre os Autores que aceitam a responsabilidade pela confiança como realidade dogmática autónoma, encontramos uma recondução daquela à boa fé. Tal é o caso de CANARIS que, por um lado, identifica como fundamento dos deveres de protecção a confiança («*pensamentos de confiança*») e, por outro, reconhece no §242 do BGB a sua base juspositiva («*Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen*», *Juristenzeitung*, n.º 15/16, 1965, p. 479). No mesmo sentido ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Proença, 1983, p. 116; CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 1248; e LEITÃO, Luís Menezes, *A Responsabilidade Civil do Gestor*, Almedina, 2005, p. 358.

¹²¹¹ Veja-se, a propósito da *confiança no cumprimento*, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema...cit.*, p. 68 e ss. e, em especial, a nota de rodapé n.º 136.

contraparte algo mais do que resultaria da estrita observância dos deveres emergentes da relação jurídica encetada.

O segundo grau de confiança e, portanto, a *relação de confiança*, em sentido próprio, surge quando exista um depósito mais intenso de confiança, em relação ao que se verifica no tráfico normal^{1212/1213/1214}. É de confiança aquela relação cujo surgimento, subsistência e força vinculativa dependem da verificação em concreto de uma especial relação entre as partes. Esta especial relação pode revelar-se seja na especial intensidade assumida pelos deveres de conduta segundo a boa fé, de conteúdo mais exigente do que o que resultaria da prática corrente no mercado, seja na essencialidade, para a subsistência do contrato, de certas qualidades de confidencialidade, lealdade, honestidade da contraparte para além do exigível no tráfico normal, seja na expectativa das partes, da contraparte, de algo mais do que resultaria da estrita observância dos deveres emergentes da relação jurídica encetada. Em síntese dir-se-á que a *relação de confiança* é aquela em que se envolve uma confiança *mais intensa* do que a *normalmente* depositada no plano geral e indiferenciado do tráfico jurídico.

A relevância da confiança nestes contratos reflecte-se no regime jurídico a que se encontram sujeitos, caracterizado por uma tutela especialmente enérgica do confiante, traduzida, em particular, na imposição de um dever que respeita

¹²¹² FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 544.

¹²¹³ Para mais desenvolvimentos sobre a confiança e a respectiva tutela, veja-se CANARIS, Claus-Wilhelm, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, (reimp.), Beck, 1983; CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...cit.*, p. 1235 e ss. e *Tratado...cit.*, I, I, p. 409 e ss.; MACHADO, João Baptista, «Tutela...cit.», p. 345 a 423; e FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*

¹²¹⁴ Em *common law* os contratos que envolvem uma especial relação de confiança entre as partes encontram-se integrados em categorias mais amplas como *fiduciary relationships* e *relationships of trust and confidence*. O princípio essencial decorrente da qualificação de uma relação como *fiduciary* determina que «*a person must not abuse a position of trust or confidence*». Trata-se de uma categoria aberta que engloba, desde logo as *relações fiduciárias* em sentido estrito, como o *trust* – assim, por exemplo, como forma de prevenir a violação daquele princípio a lei proíbe a aquisição pelo *trustee* de bens do *trust*, bem como relações em que uma das partes deposita tal confiança na outra que se cria uma certa dependência/vulnerabilidade entre as duas. Assim, tenderá a ser qualificada como *fiduciary* a relação entre principal e agente, advogado e cliente, médico e paciente (ATIYAH, P.S., *An Introduction...cit.*, p. 275 e s.).

ao modo de execução do contrato, exigindo-se um comportamento «(...) da máxima correcção por forma a não defraudar a outra parte; a usar, pois, da diligência e lealdade que a relação, pela sua natureza, impõe. O padrão de conduta exigível é pois mais estrito do que aquele que vigora para os contratos em geral»¹²¹⁵.

A essencialidade da confiança na subsistência de tais relações tem ainda como principal efeito a autonomização da respectiva quebra como fundamento para a resolução do contrato, «(...) com independência até de este [o *deceptus*] ter sofrido um prejuízo, certo e actual, em consequência da conduta do outro contraente que defraudou a sua confiança»¹²¹⁶. O pensamento da confiança surge como fundamento autónomo de desvinculação contratual. A ideia é de que o desaparecimento de um elemento essencial na relação, por causa imputável a uma das partes, pode tornar para a outra inexigível a manutenção do contrato, razão pela qual se permite a esta que resolva o contrato¹²¹⁷.

Esclarecido este ponto, dir-se-á, à semelhança do que se afirmou a propósito da intensificação dos deveres acessórios de boa fé, que também aqui não se deverá atribuir *ab origine*, indiscriminadamente, aos contratos de execução duradoura, a qualidade de relações de confiança, muito embora, frequentemente o sejam¹²¹⁸. Se, de facto, é frequente as relações duradouras consubstanciarem relações de confiança, de colaboração entre as partes, em especial quando sejam *intuitu personae*, não nos parece existir um nexo de necessidade entre as duas¹²¹⁹. Mais uma vez impõe-se uma análise *casuística* com vista à averiguação da existência, no caso em concreto, de uma tal relação de especial colaboração e confiança, de forma a que as consequências daí

¹²¹⁵ FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 551.

¹²¹⁶ FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 556.

¹²¹⁷ Note-se apenas que, na construção de CARNEIRO DA FRADA, resultando a quebra da confiança do incumprimento de um dever, não nos encontramos aqui perante uma manifestação em sentido estrito da responsabilidade pela confiança (*Teoria...cit.*, p. 557 e s.).

¹²¹⁸ Neste sentido, FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 556, nota de rodapé n.º 588 e p. 560.

¹²¹⁹ Veja-se, quanto à ideia de uma relação de confiança que vinculasse os administradores no âmbito das sociedades anónimas, duvidando da sua frequente ocorrência, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2012, p. 526 e ss.

resultantes possam ser retiradas. Não bastará assim, para aplicar o regime reservado para as relações de confiança, afirmar que a relação em causa tem carácter duradouro.

1.3. A desadequação (?) do regime geral do incumprimento às relações de execução duradoura em algumas ordens jurídicas estrangeiras

A especificidade dos contratos de execução duradoura reclama, segundo alguma doutrina, em particular em matéria de incumprimento, um regime próprio, no caso dos mais extremistas e, para uma doutrina mais moderada, a introdução de alguns ajustes ao regime do Direito das Obrigações desenhado sobre e para os contratos de execução instantânea. Trata-se de matéria que pouco interesse suscitou na literatura jurídica nacional, por contraposição com o sucedido, designadamente, em *common law* e no Direito alemão, razão pela qual iniciaremos por estas ordens a nossa abordagem do tema¹²²⁰.

1.3.1 Nos Direitos de *common law*:

A figura dos *relational contracts*

A contraposição entre contratos de execução duradoura e contratos de execução instantânea, traçada em *civil law*, encontra reflexo em *common law* na distinção entre *discrete* e *relational contracts*. Com efeito, muito embora a coincidência entre cada uma das categorias, designadamente entre *discrete contracts* e os contratos de execução instantânea e *relational contracts* e os

¹²²⁰ Veja-se ainda, no Direito francês, no sentido da necessidade de um regime jurídico diverso adaptado à natureza duradoura destas relações, CROS, Marie-Louise, «Les contrats à exécution échelonnée», *Recueil Dalloz Sirey*, n.º 9, Chronique, Março de 1989, p. 49 a 54.

contratos de execução duradoura, seja apenas *tendencial*¹²²¹ e nas ordens jurídicas desta família se reconheça, igualmente, uma distinção entre *spot* e *long-term contracts*, é no âmbito da discussão a propósito de *discrete* e *relational contracts* que encontramos abordados os temas essenciais associados aos contratos de execução duradoura¹²²².

(a) Enquadramento e análise do conceito

(i) MACNEIL

A identificação de um conjunto de contratos que não encontraria no âmbito da dita «teoria clássica» tratamento adequado surge, em *common law*, com IAN MACNEIL, nos anos 60, tendo aos contratos em causa sido atribuída a designação de *relational contracts*¹²²³.

Muito embora a criação de uma categoria autónoma de contratos, ao lado dos *discrete contracts*, seja frequentemente identificada como produto central da obra do Autor, parece-nos que a contribuição fundamental do pensamento de MACNEIL – em especial se tivermos em conta a respectiva evolução ao longo dos anos – se encontra no atrair para o âmbito da teoria dos contratos de um conjunto de elementos por esta tradicionalmente ignorados, entre os quais a

¹²²¹ Nem sempre a natureza *relational* do contrato coincidirá com uma execução *duradoura* do mesmo. Assim, segundo alguma doutrina, o contrato de empreitada de imóvel seria um *relational contract*, mas já não um contrato de execução duradoura, na medida em que o interesse do dono da obra se satisfaz apenas com a conclusão da mesma e não com a realização de partes desta.

¹²²² Assim, por exemplo, MCKENDRICK, num artigo intitulado «The regulation of long-term contracts in English law», embora comece por centrar a sua análise nos *long-term contracts*, rapidamente a circunscreve ao universo dos *relational contracts* («The regulation of long-term contracts in English law», *Good faith and fault in practice law*, org. Beatson, Jack and Friedman Daniel, Oxford Clarendon Press, 1995, p. 305 a 333).

¹²²³ Veja-se, de entre os diferentes artigos do Autor sobre o tema, «Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law», *Northwestern University Law Review*, n.º 72, 1978, p. 854 a 905; «Relational Contract: What We Do and Do Not Know», *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483 a 525; e «Relational Contract Theory: Challenges and Queries», *Northwestern University Law Review*, n.º 94, 2000, p. 877 a 907.

ideia de *cooperação* entre as partes. Seria, aliás, a variação deste factor que tornaria o contrato mais ou menos *relational*.

Os *relational contracts* são definidos, em regra, negativamente, por contraponto com os *discrete contracts*.

Segundo MACNEIL, seriam características dos *discrete contracts* a definição clara, no momento da celebração do contrato, de um conjunto de elementos, entre os quais, a respectiva duração, termos inicial e final, objecto e preço. Também os benefícios, riscos e custos emergentes do contrato se encontrariam alocados entre as partes aquando da formação do contrato. Seria ainda próprio desta modalidade de contratos a pouca ênfase dada à interdependência, cooperação e solidariedade entre as partes, sendo a relação pessoal entre estas, criada pelo contrato, limitada.

Os *relational contracts*, por sua vez, caracterizar-se-iam pela relevância assumida por elementos não jurídicos, como, por exemplo, a cooperação e interdependência entre as partes.

(ii) *Relational contracts*

Na génese da doutrina dos *relational contracts* encontra-se a constatação de que o modelo contratual em que a teoria clássica dos contratos assenta não é representativo dos diferentes tipos contratuais existentes no mercado jurídico.

A *teoria clássica* assentaria num paradigma contratual em que seria possível às partes identificar, *ab initio*, com precisão, os riscos associados ao negócio e, bem assim, alocá-los entre si, eficientemente, seja por meio da aplicação da legislação existente, seja convencionalmente. Este modelo não representaria todavia a universalidade dos contratos, na medida em que a complexidade de determinadas relações, resultante, designadamente, da respectiva duração e da incerteza e imprevisibilidade daí decorrentes,

impossibilitaria uma tal identificação e alocação de riscos e custos no momento da celebração do negócio.

Surge assim uma nova categoria, formada por um conjunto de contratos designados por *relational contracts*, cuja característica definidora seria a incapacidade de as partes transporem para o contrato, sob a forma de obrigações precisamente definidas, elementos essenciais do negócio¹²²⁴. Esta impossibilidade resultaria da dificuldade de identificar condições futuras incertas ou de definir eventuais adaptações complexas a que o negócio se pudesse vir a encontrar sujeito no futuro. É neste quadro que GOETZ e SCOTT, embora reconhecendo que, tendencialmente, os *relational contract* serão contratos de execução duradoura, recusam a identificação entre uns e outros¹²²⁵. Seriam tendencialmente qualificáveis como *relational* os contratos de distribuição em geral (agência, *franchising*), bem como os contratos de trabalho¹²²⁶.

(b) Questões centrais

Como já referido, no universo dos *relational contracts*, a incerteza/desconhecimento quanto às contingências futuras a que a relação se possa vir a encontrar sujeita torna difícil a definição precisa no contrato do objecto e do grau de diligência a adoptar no cumprimento por cada uma das partes. Tais dificuldades são patentes, por exemplo, no caso de *A* que contrata *B* para cuidar do seu jardim durante o Verão. Nesta relação contratual surgem

¹²²⁴ Neste sentido, afirmam GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E: «[a] *contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations*» («Principles of Relational Contracts», *Virginia Law Review*, Setembro de 1981, p. 1091).

¹²²⁵ Assim, afirmam GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E. : «(...) *long-term contracts are more likely than short-term agreements to fit this conceptualization [de um relational contract], but temporal extension per se is not the defining characteristic*» de um *relational contract* («Principles...cit., p. 1091).

¹²²⁶ Neste sentido, GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., «Principles...cit., p. 1091.

como factores geradores de incerteza, entre outros, a impossibilidade de previsão, pela globalidade do período de vigência do contrato, das condições climatéricas e da *saúde* das plantas, tornando assim particularmente difícil definir exactamente as tarefas que o jardineiro deverá executar, por exemplo, quanto dinheiro poderá gastar em insecticidas, que medida adoptar se uma planta ficar doente, entre outras.

A gestão da *incerteza* e da conseqüente dificuldade de definição precisa do conteúdo da prestação de cada uma das partes pode ser realizada através da introdução de uma cláusula de conteúdo genérico pela qual aquelas deverão pautar o respectivo comportamento na execução do contrato. É pois neste contexto que surgem as cláusulas de *melhores esforços*, particularmente frequentes em contratos de *franchising*, agência ou de distribuição em geral. O carácter genérico destes padrões de comportamento torna, por sua vez, difícil a sua aplicação ao caso em concreto, exigindo assim também mecanismos de controlo de execução diferentes dos contratos de execução instantânea.

Para além das cláusulas de *melhores esforços*, encontramos ainda nos *relational contracts* outros instrumentos através dos quais se procura definir o grau de diligência, o comportamento exigível às partes na execução do contrato. Tal é o caso das obrigações *fiduciárias* implícitas, que encontramos, por exemplo, nos contratos entre advogado e cliente ou entre sócios. Trata-se de contratos em que uma das partes, pela posição de especial confiança, superioridade ou influência que ocupa, se encontra sujeita a um dever especial de protecção dos interesses da contraparte, de tal forma que, na execução do contrato, deve agir primacialmente no interesse da outra¹²²⁷.

Outras questões frequentemente suscitadas no âmbito dos *relational contracts* resultam da propensão para o desenvolvimento de uma relação de dependência entre as partes. Tal sucederá, designadamente, nos casos em que não exista alternativa no mercado, bem como quando a execução do contrato

¹²²⁷ GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., «Principles...*cit.*», p. 1126 e ss.

envolva, para uma das partes, um investimento inicial significativo que não seja facilmente transferível para o âmbito de outro negócio. De forma a reduzir os riscos resultantes de tal dependência, em especial de uma das partes procurar obter vantagens ilegítimas sobre a contraparte a partir da posição em que o contrato a colocou, inserem-se frequentemente nestes contratos cláusulas de não concorrência, obrigações de compra e cláusulas penais.

(c) A necessidade de uma disciplina legal própria

Identificadas as características e as questões fundamentais associadas aos *relational contracts*, a doutrina de *common law* divide-se quanto à necessidade de uma disciplina legal própria, ajustada à natureza específica destas relações. Assim, enquanto MACNEIL, GOETZ e SCOTT reivindicam a aplicação de um regime jurídico diferenciado a estes contratos¹²²⁸, MCKENDRICK, entre outros, entende que as questões suscitadas no quadro dos *relational contracts* se resolvem satisfatoriamente ao nível do contrato, através da estipulação pelas partes de um clausulado adequado à regulação dos seus interesses¹²²⁹.

Assim, esclarece o Autor, a apontada necessidade de flexibilidade nas relações contratuais de longa duração, decorrente da (frequente) indefinição da respectiva duração temporal, bem como da impossibilidade de identificação exhaustiva *ab initio* do programa contratual, pode ser e é resolvida – adequadamente – pelas partes através de uma estipulação das respectivas obrigações em termos mais vagos, de forma a permitir o ajustamento do contrato a acontecimentos supervenientes¹²³⁰. Neste quadro surgem ainda, por exemplo, nos contratos de empreitada, cláusulas de ajuste dos preços

¹²²⁸ GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., «Principles...*cit.*», p. 1091

¹²²⁹ Veja-se, designadamente, «The regulation...*cit.*», p. 305 a 333.

¹²³⁰ Muito embora chamando a atenção para o facto de a abertura do programa contratual não ser necessariamente algo de positivo e salientado o valor de manter as partes vinculadas ao que inicialmente acordaram, MCKENDRICK reconhece uma tendência crescente no sentido de flexibilizar a redacção dos contratos de longa duração, fruto do reconhecimento que uma estipulação demasiado rígida não é vantajosa («The regulation...*cit.*», p. 322).

contratualmente previstos face a variações imprevistas do custo das matérias primas. Também as cláusulas que prevêm a realização de trabalhos adicionais nos contratos de empreitada são uma forma de flexibilizar o contrato, permitindo a re-definição do respectivo objecto.

A adaptação pode ser ainda atingida através da introdução de cláusulas de força maior, já que no Direito inglês a *doctrine of frustration* prevê apenas a cessação automática do contrato, mas não a respectiva alteração^{1231/1232}. As *hardship clauses* são outro tipo de cláusulas que permite lidar com a alteração de circunstâncias quando estas tornem o cumprimento mais oneroso do que inicialmente previsto¹²³³. Estas cláusulas definem que eventos consubstanciam *hardship*, impondo, em geral, às partes uma obrigação de melhores esforços de renegociar o contrato de acordo com o princípio da boa fé, de forma a aliviar os efeitos da *hardship*. Também estas disposições permitem aquilo que a *common law* não prevê, i.e., a continuação do contrato, em novos termos acordados pelas partes para responder à alteração de circunstâncias verificada. Existem ainda as *intervener clauses* nos termos das quais uma terceira entidade é chamada a intervir quando as partes não consigam só por si chegar a um acordo na sequência, por exemplo, de um agravamento da prestação de uma das partes fruto de uma alteração de circunstâncias¹²³⁴.

Finalmente, esclarece MCKENDRICK a existência de regimes específicos para certos contratos de longa duração, como o contrato de trabalho ou o contrato de crédito ao consumo, não constitui argumento decisivo para a criação de uma categoria autónoma e de uma disciplina legal específica para aquelas relações, na medida em que tais regimes resultam da desigualdade entre as partes e não da natureza *relational* do contrato em causa. A protecção

¹²³¹ «The regulation...*cit.*, p. 323.

¹²³² Para maiores desenvolvimentos quanto à *doctrine of frustration*, veja-se TREITEL, G.H., *Frustration...cit.*

¹²³³ «The regulation...*cit.*, p. 327 e ss.

¹²³⁴ «The regulation...*cit.*, p. 329.

acrescida que caracteriza estes regimes jurídicos surge precisamente como fruto da impossibilidade da parte mais fraca introduzir em tais contratos cláusulas de *hardship*, *force majeure*, entre outras. Nos demais contratos de longa duração, onde as partes se encontram em posição de igualdade, podem regular a relação de forma a proteger-se contra quaisquer alterações de circunstâncias, não sendo assim necessária a previsão legal de um regime jurídico particular que se lhes aplique¹²³⁵.

MCKENDRICK conclui pois pela ausência de elementos suficientes para o reconhecimento de uma categoria formal de contratos autónoma, formada por estes *relational contracts*. Não obstante, entende que algumas das características apontadas, como a necessidade de flexibilidade e de adaptação do contrato face a alterações de circunstâncias, devem ser tidas em conta na apreciação de tais contratos e de litígios que destes emergem, em especial, pelos tribunais^{1236/1237/1238}.

1.3.2. Direito alemão

O §314 do BGB

(a) Contratos de execução duradoura

O conceito de relação de execução duradoura («*Dauerschuldverhältnis*») foi introduzido na lei alemã com a *Schuldrechtsmodernisierung*, nos §308 (3), §309 (1) e (9) e §314 do BGB.

¹²³⁵ «The regulation...*cit.*, p. 332.

¹²³⁶ «The regulation...*cit.*, p. 316.

¹²³⁷ Na doutrina portuguesa refira-se a posição de CARNEIRO DA FRADA para quem a distinção entre *discrete* e *relational contracts* dificilmente justificaria uma bifurcação da dogmática dos contratos, já que se pode afirmar que todos os contratos são, em maior ou menor grau, *relacionais* (*Teoria...cit.*, p. 561 e ss).

¹²³⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de *relational contract* veja-se, entre outros, MACAULAY, Steward, «Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein», *Northwestern University Law Review*, n.º 94, Primavera de 2000, p. 775 a 802; EISENBERG, Melvin A., «Why is there no law of relational contracts?», *Northwestern University Law Review*, n.º 94, Primavera de 2000, p. 805 a 821; e SPEIDEL, Richard E., «The characteristics and challenges of relational contracts», *Northwestern University Law Review*, n.º 94, Primavera de 2000, p. 823 a 846.

Apesar da opção de não definição no texto do BGB do conceito, existe um consenso jurisprudencial e doutrinal quanto à matéria. Entende-se assim que uma relação de execução duradoura se caracteriza, de um lado, por ter como objecto um comportamento contínuo ou prestações de natureza reiterada, de pelo menos uma das partes, de outro, por surgirem durante a execução do contrato novas obrigações e deveres e, finalmente, por o número global de prestações contratuais depender do prazo de vigência do contrato¹²³⁹. Salienta igualmente a doutrina a inexistência, em regra, de um interesse na prestação global (*Gesamtleistungsinteresse*)¹²⁴⁰.

Muito embora também no Direito alemão, não exista um regime geral, auto-suficiente, aplicável às relações de execução duradoura, autónomo do regime dos contratos de execução instantânea, encontrando-se apenas regulados alguns contratos de execução duradoura em especial, como por exemplo o contrato de arrendamento (*Mietvertrag*), aquela ordem jurídica contém algumas normas especificamente dirigidas às relações de execução duradoura em geral.

**(b) A cessação dos contratos de execução duradoura
O §314**

De entre as disposições constantes do BGB direccionadas aos contratos de execução duradoura em geral, interessa-nos, em especial, o §314 que introduz um regime de cessação unilateral próprio.

Refira-se apenas que, também aqui, à semelhança, por exemplo, do sucedido no §323 (4), se trata de uma disposição que veio apenas acolher no BGB o direito de cessação unilateral por justa causa¹²⁴¹, que doutrina e jurisprudência – apesar da inexistência de previsão específica – já reconheciam,

¹²³⁹ Neste sentido, WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 141.

¹²⁴⁰ SCHWARZE, Roland, *Das Recht der Leistungsstörungen*, DeGruyer Recht, 2008, p. 167.

¹²⁴¹ Neste sentido, HASE, Karl V., «Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 2278.

em geral, no universo dos contratos de execução duradoura^{1242/1243}. Considerava-se existir justa causa «(...) quando, consideradas todas as circunstâncias, não é exigível, segundo a boa fé, a uma das partes do contrato que prossiga na relação obrigacional»¹²⁴⁴. A inexigibilidade era pois determinada à luz de um critério de boa fé. O legislador da *Modernisierung* não procurou alterar esta orientação.

Hoje, o §314, sob a epígrafe «denúncia de relações duradouras com base num fundamento importante», determina no n.º 1 que «[c]ada parte num contrato pode, independentemente do prazo, pôr termo a uma relação duradoura com base num fundamento importante. Existe um fundamento importante quando, à parte denunciante, não possa ser exigida a manutenção da relação contratual até ao seu termo ou até ao decurso de um prazo de denúncia, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e sob a ponderação dos interesses de ambas»¹²⁴⁵.

Note-se que existe um conjunto significativo de normas especiais, em relação ao §314, em particular no que respeita às suas regras quanto ao prazo de denúncia e à *Abmahnung*. Assim, o §626 (1), respeitante ao contrato de prestação de serviços («*Dienstverhältnisse*»), o §543 (1) e §569, no âmbito do contrato de

¹²⁴² Assim, LARENZ, Karl, *Lehrbuch...cit.*, I, p. 32 e s. e 163 e s., *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., trad. de José Lamego da 6.ª ed. reformulada de 1991, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 544 e s., 1997; OETKER, H., *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*, J.C.B. Mohr (Siebeck), 1994, p. 269; e SCHWARZE, Roland, *Das Recht...cit.*, p. 166.

¹²⁴³ Veja-se, quanto ao papel da jurisprudência na evolução do Direito Civil alemão, WIEACKER, Franz, *História...cit.*, p. 591 e ss. Em especial, quanto à criação de um princípio geral de cessação com fundamento em *causas graves*, p. 598.

¹²⁴⁴ LARENZ, Karl, *Metodologia...cit.*, p. 406 e *Lehrbuch...cit.*, p. 137.

¹²⁴⁵ Tradução de CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...cit.*, II, I, p. 528. No original e na versão integral dispõe o §314: «*Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (1) Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. (2) Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. (3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. (4) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen*».

arrendamento e de arrendamento para fins habitacionais, respectivamente («Mietverhältnisse» e «Mietverhältnisse über Wohnraum»), o §723, aplicável ao contrato de sociedade («Gesellschaftsvertrag») e, finalmente, o §490, aplicável ao contrato de mútuo («Darlehensvertrag»)^{1246/1247}.

Finalmente, importa referir que o novo §314 tem sido objecto de alguma crítica por parte da doutrina que aponta, em especial, alguma obscuridade da regra quanto à necessidade de um prazo para a denúncia, geradora de incerteza jurídica e, bem assim, de aumento de litígios, e, por outro lado, a falta de clareza na articulação e delimitação entre a área de aplicação desta disposição e do §313, respeitante à alteração de circunstâncias¹²⁴⁸.

(c) O fundamento relevante

Existe um fundamento relevante, nos termos do §314 (1), quando a manutenção do contrato até ao fim do respectivo prazo de vigência, atendendo às circunstâncias do caso concreto e pesados os interesses de ambas as partes, não seja *exigível* à parte que pretende pôr fim ao contrato.

À semelhança do que sucede no §324, que atribui ao credor um direito de resolução por violação de deveres emergentes do §241 (2) quando não lhe seja exigível a manutenção do contrato¹²⁴⁹, também o §314 parte da ideia de

¹²⁴⁶ A tradução de «Darlehensvertrag» para mútuo não é estritamente exacta, desde logo por aquele apenas abranger o empréstimo de dinheiro. O empréstimo de coisa fungível encontra-se regulado um pouco adiante nos §607 e ss. do BGB, no âmbito do «Sachdarlehensvertrag».

¹²⁴⁷ Veja-se quanto a este ponto HASE, Karl V., «Fristlose...cit.», p. 2278.

¹²⁴⁸ Assim, HASE, Karl V., «Fristlose...cit.», p. 2279 e ss. e RAMMIN, Klaus, «Wechselwirkungen bei den Voraussetzungen der gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsrechte nach allgemeinem Schuldrecht (§314, 323, 324 BGB)», *Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht*, 2003, n.º 3, p. 116. Parte da doutrina – entre outros, SCHWARZE (*Das Recht...cit.*, p. 172 e s.) – defende que se os tipos legais tanto do §313 como do §314, se encontrarem preenchidos, o que poderá suceder quando a justa causa tiver por fundamento uma alteração das circunstâncias, o credor pode recorrer a qualquer uma das normas.

¹²⁴⁹ O §324 concede a faculdade de resolver o contrato com fundamento na violação pela contraparte de um dever emergente do §241 (2), isto é, de um dever decorrente da boa fé, sempre que não seja exigível a manutenção do contrato. No original: «Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist».

inexigibilidade¹²⁵⁰. Será assim sempre necessário para accionar aquela disposição, por um lado, uma perturbação da relação e, por outro, que esta torne inexigível a respectiva manutenção^{1251/1252}.

(i) A violação de um dever (§314 (2))

O §314 (2) concretiza o *fundamento relevante* num caso específico, o de violação de um dever. A segunda parte desta disposição remete-nos para o elenco de situações do §323 (2), dispensando assim o titular do direito de denúncia de fixar um prazo adicional para o cumprimento sempre que o devedor recuse séria e definitivamente a prestação, tenha sido estabelecido um termo essencial subjectivo para a realização da prestação ou, quando ponderados os interesses de ambas as partes, se justifique a extinção imediata do contrato.

No que concerne à violação de um dever como *wichtige Grund* não existe qualquer diferenciação de regime consoante a natureza da obrigação violada. A regra é assim aplicável tanto em caso de violação da prestação principal, como de prestações laterais, bem como ainda de deveres de respeito – §241 (2). Inclui-se assim dentro desta previsão, tanto uma situação de mora, como de cumprimento defeituoso, como de incumprimento definitivo. Segundo alguma doutrina devem ainda ser reconduzidos à previsão do §314 (2) os casos de exclusão do dever de prestar regulados no §275¹²⁵³.

¹²⁵⁰ Chamando a atenção para os pontos de contacto entre estas duas disposições, RAMMIN, Klaus, «Wechselwirkungen...cit.», p. 116.

¹²⁵¹ Note-se apenas que, apesar da proximidade entre o §324 e o §314, a sistemática seguida pelo legislador no §314 difere da que encontramos nos §323 e ss., na medida em que naquela disposição se distingue apenas entre a violação de um dever – §314 (2) – e outras perturbações do contrato subsumíveis à previsão do §314 (1), enquanto nos §323 e ss. se distingue, designadamente, entre incumprimento, cumprimento defeituoso, violação antecipada do contrato e violação de um dever emergente do §241 (2).

¹²⁵² Veja-se ainda, quanto ao conceito de *fundamento relevante*, PALANDT, *Bürgerliches...cit.*, p. 516 e s. e *Münchener...cit.*, p. 1816 a 1819.

¹²⁵³ Assim, SCHWARZE, apesar de reconhecer que, nos casos do §275 a obrigação de contraprestação se encontra excluída, por força do §326 (1), afirma que o credor pode ter um

(ii) Outros fundamentos de inexigibilidade

Em regra, verificando-se uma situação susceptível de fundamentar o exercício do direito de resolução, nos termos do §323, haverá fundamento relevante nos termos e para os efeitos do §314 (1)^{1254/1255}. Todavia, por contraposição com o disposto no §323 e também no §324, retira-se do §314 (2), *a contrario*, que pode existir um fundamento relevante sem que ocorra a violação de qualquer dever.

Serão assim subsumíveis à previsão do §314 (1), em particular, os casos em que existe um risco de não realização da prestação, mas em que o respectivo cumprimento ainda não é exigível. Enquadrar-se-á portanto no âmbito desta disposição a recusa de cumprimento antes do vencimento¹²⁵⁶, no âmbito de um contrato de execução duradoura¹²⁵⁷.

fundamento atendível para libertar-se da relação obrigacional no seu todo (*Das Recht...cit.*, p. 171).

¹²⁵⁴ Relembre-se o §323 que, sob a epígrafe «*Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*», determina: «(1) *Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten. (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, 2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder 3. besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. (3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. (4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. (5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. (6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist*». Para mais desenvolvimentos sobre esta disposição, veja-se capítulo IV, §1.1, 2 e 3, *supra*.

¹²⁵⁵ Neste sentido, RAMMIN, Klaus, «*Wechselwirkungen...cit.*, p. 118 e, em especial, quanto à aplicabilidade dos fundamentos do §323 (4), WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 141.

¹²⁵⁶ Assim, SCHWARZE, Roland, *Das Recht...cit.*, p. 171.

¹²⁵⁷ Assim, WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 141.

No que concerne à jurisprudência, tem-se assistido a uma recondução ao §314 (1) de situações em que a justa causa resulta de uma perda de confiança no devedor. Frequentemente todavia, o recurso ao termo *confiança* apenas significa a legítima expectativa do credor quanto ao cumprimento futuro pelo devedor das obrigações e deveres a que se encontra vinculado¹²⁵⁸. De facto, na maioria dos casos, a perturbação da *base de confiança* do contrato resulta de um incumprimento contratual voluntário, entendendo a jurisprudência que tal quebra de confiança se sobrepõe ao interesse da outra parte – inadimplente – na contraprestação¹²⁵⁹.

A perda da confiança em sentido próprio pode todavia, em si mesma, consubstanciar justa causa. Tal poderá suceder, designadamente, em relações em que existe uma *confiança subjectiva*, pressuposto da relação obrigacional. Assim, por exemplo, nos casos dos contratos de prestação de serviços em que exista uma posição de especial confiança (§627). O §627 («*Fristlose Kündigung bei Vertrauensstellung*») atribui um direito de denúncia a todo tempo ao credor nos casos em que o devedor tenha que desempenhar serviços de uma elevada natureza que, em regra, apenas são atribuídos numa base de especial confiança. Para além deste tipo contratual, previsto na lei, pode ser pressuposta uma *confiança na pessoa* – casos em que o contacto pessoal é essencial e fundamental à relação duradoura – cuja subsistência condicionará igualmente a exigibilidade da respectiva manutenção.

(iii) Outros elementos relevantes no exercício da faculdade do §314

Na questão da apreciação da inexigibilidade da manutenção de uma relação de execução duradoura para efeitos de accionamento do §314, relevam ainda, para parte da doutrina, os demais instrumentos que o credor tenha ao

¹²⁵⁸ Neste sentido, SCHWARZE, Roland, *Das Recht...cit.*, p. 171.

¹²⁵⁹ Neste sentido, MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 71.

seu dispor para pôr fim ao contrato¹²⁶⁰. Assim, se o credor puder resolver o contrato regularmente com recurso, designadamente, à resolução do §323 ou §326, deverá valer um critério mais rígido, na medida em que deverá ser inexigível ao credor não só a manutenção do contrato, mas também o recurso àqueles instrumentos – regulares – de cessação do contrato. Se a possibilidade de resolução *regular* se encontrar, por exemplo, contratualmente excluída, então deverá ser ponderado no juízo de inexigibilidade que uma denúncia extraordinária, nos termos do §314, é o único meio ao dispor do credor para se libertar do contrato. Tal poderá resultar num alargamento do conceito de inexigibilidade.

2. O regime da resolução por incumprimento nos contratos de execução duradoura no Direito nacional

Com excepção de algumas escassas normas, como as constantes dos n.º 2 do artigo 277.º ou do artigo 434.º, o Código Civil não contém um regime particular, autónomo, dirigido aos contratos de execução duradoura, encontrando-se desenhado, na parte geral, com base no paradigma do contrato de execução instantânea¹²⁶¹. Também na literatura jurídica nacional se encontra ausente um tratamento abrangente, sistemático das obrigações duradouras. De facto, com excepção de alguns Autores como BAPTISTA MACHADO¹²⁶², CARNEIRO

¹²⁶⁰ Assim, SCHWARZE, Roland, *Das Recht...cit.*, p. 173.

¹²⁶¹ Refira-se, a este propósito, a proposta de VAZ SERRA apresentada no âmbito do projecto do Código Civil, de introdução de uma norma dirigida em especial à regulação da denúncia nos contratos de execução duradoura: «*Tratando-se de relação obrigacional duradoura, pela qual o devedor se obriga a um comportamento duradouro ou a prestações singulares periodicamente devidas, de sorte que o conteúdo total da prestação dependa da duração temporal da relação, pode o devedor, se a lei ou o negócio jurídico não estabelecerem especialmente uma limitação temporal da relação ou a faculdade de a denunciar, denunciá-la sempre que a manutenção ilimitada do contrato importasse uma limitação excessiva da sua liberdade pessoal ou económica, contrária à boa fé*» («Direito das Obrigações (com excepção dos contratos em especial)/ Anteprojecto», *Boletim do Ministério da Justiça*, separata, 1960, p. 7 e 8).

¹²⁶² Veja-se, entre outros, «Pressupostos...cit.», p. 125 a 193 e anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 271 a 282.

DA FRADA¹²⁶³ ou MENEZES CORDEIRO¹²⁶⁴, o tema escapou à atenção dos juristas portugueses, sendo apenas afluído no âmbito de certos contratos em particular, como o contrato de arrendamento, o contrato de trabalho e o contrato de agência. Tal vazio, legislativo e doutrinal, resultará pelo menos em parte do tardio tratamento dogmático das prestações duradouras que, no essencial, surge apenas no século XX¹²⁶⁵, em Itália com FRANCESCO CARNELUTTI¹²⁶⁶, GIUSEPPE OSTI¹²⁶⁷, GIORGIO OPPO¹²⁶⁸ e A. DE MARTINI¹²⁶⁹, e na Alemanha, destacando-se em particular o estudo de OTTO VON GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse*^{1270/1271}.

Ora, como tivemos oportunidade de ver acima, as especificidades das relações duradouras decorrentes, essencialmente, da sua natureza prolongada no tempo não permitem o enquadramento automático das mesmas no paradigma do contrato de execução instantânea, caracterizado por uma definição precisa das obrigações e por um clausulado tendencialmente estático. Donde, não obstante o aparente desinteresse da doutrina na matéria, parece-nos indiscutível a necessidade de aperfeiçoar a dogmática contratual desenhada sobre o *spot contract*, de forma a reflectir as particularidades daqueles contratos. A especificidade destas relações parece-nos com efeito impor, ainda que apenas em determinadas matérias, a aplicação de regras diferenciadas, ajustadas às

¹²⁶³ Veja-se *Teoria...cit.*, p. 559 e ss.

¹²⁶⁴ Veja-se *Tratado...cit.*, II, I, p. 523 a 536.

¹²⁶⁵ Apesar de SAVIGNY na *Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts*, no século XIX, já ter distinguindo as prestações efémeras das duradouras (*Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, reimp. da edição de 1851-1853, Scientia Verlag Aalen, 1987, p. 302 e s.).

¹²⁶⁶ «Del licenziamento nella locazione di opere a tempo indeterminato», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1911, I, p. 377 e ss.

¹²⁶⁷ «La cosiddetta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico», *Rivista di Diritto Civile*, 1912, p. 1 e ss.

¹²⁶⁸ «I contratti di durata», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, I, p. 144 e ss. e II, p. 17 e ss.

¹²⁶⁹ «Obbligazioni di durata», *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, Utet, 1965, p. 656 e ss.

¹²⁷⁰ «Dauernde Schuldverhältnisse», *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 64, 1914.

¹²⁷¹ Veja-se ainda, no Direito alemão, OETKER, H., *Das Dauerschuldverhältnis...cit.*

respectivas características¹²⁷². O regime da cessação do contrato é justamente um dos campos em que se impõe a adaptação das regras constantes da parte geral do Código Civil, pensadas sobre e para o modelo do contrato de execução instantânea¹²⁷³.

2.1. A justa causa como princípio de aplicação geral

Muito embora, ao contrário de outras ordens jurídicas, não exista na lei portuguesa uma disposição que estabeleça um princípio geral de aferição da relevância do incumprimento para efeitos de exercício do direito de resolução, pode-se afirmar, com segurança, que a gravidade do incumprimento é medida

¹²⁷² Neste sentido, em particular a propósito do artigo 808.º, BAPTISTA MACHADO afirma que este preceito «(...) foi concebido para relações obrigacionais simples, de cumprimento instantâneo e que se extinguem pelo cumprimento – pelo que se não ajusta sem mais às relações contratuais duradouras que já tenham tido início de execução, relações estas que apenas se extinguem pelo decurso do prazo, pela resolução ou pela denúncia» («Parecer sobre a Denúncia e Direito de Resolução do Contrato de Locação de Estabelecimento Comercial», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 668 e anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 280). Note-se apenas a proximidade entre o Autor e a posição de VON GIERKE na parte em que identifica, de entre os elementos diferenciadores das obrigações duradouras, o efeito do cumprimento, causa de extinção nas obrigações instantâneas, mas já não nas duradouras (neste sentido, igualmente, na anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 276 e 317). Segundo VON GIERKE, as obrigações duradouras extinguir-se-iam, não por efeito do cumprimento, que se processaria de forma constante, mas por decurso do prazo de vigência do contrato, quando este se encontrasse sujeito a termo certo ou incerto, ou em caso de indeterminação da respectiva duração, pelo exercício da faculdade de denúncia, com ou sem pré-aviso, e finalmente ainda, em resultado de impossibilidade superveniente («Dauernde...cit., em especial, p. 357, 359, 363 e 378 a 392). Mais recentemente, GÜNTHER WIESE – que acompanhamos quanto a esta matéria, contrapondo-se a VON GIERKE, veio chamar a atenção para o facto de também as relações duradouras serem sensíveis ao cumprimento, com a particularidade de, nestes casos, a execução das prestações se prolongar no tempo («Beendigung und Erfüllung vom Dauerschuldverhältnisse», *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, I, C.H. Beck, 1965, p. 837 a 851).

¹²⁷³ Pode-se ainda questionar se os contratos de execução duradoura carecem de um regime jurídico diferenciado ou se, pelo contrário, podem ser regulados pelo regime aplicável aos contratos de execução instantânea, ainda que devidamente adaptado. Quanto a esta discussão, veja-se GRUNDMANN, Stefan, «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 2, p. 144 e ss. Defendendo como mais favorável a consagração legal de uma regra especial para a cessação dos contratos de execução duradoura, adaptada às suas características e à particular relação que se estabelece entre as partes, à semelhança do que sucede hoje no §314 do BGB, WEIDT, Heinz, *Antizipierter...cit.*, p. 142.

em função, por um lado, da respectiva *extensão* – o incumprimento pode ser total, parcial, temporário ou definitivo – e, por outro, da importância da obrigação violada no quadro contratual, o que se deverá aferir atendendo ao quadro contratual tanto abstracta como concretamente considerado, isto é, por referência à posição da obrigação – se se trata, entre outras, de uma prestação principal ou acessória – e ao interesse do credor na prestação¹²⁷⁴.

A análise dos artigos 792.º, 793.º, n.º 2, 801.º, n.º 2 e 802.º, n.º 2 permite-nos concluir, ainda quanto à avaliação da gravidade da inexecução, que apenas o incumprimento *objectivamente grave* constitui fundamento bastante para o exercício daquela faculdade. A exigência de objectividade significa, não uma valoração abstracta do incumprimento, sem atenção ao tipo contratual em causa ou aos fins visados pelo credor com o negócio, mas que a «(...) *importância do interesse afectado pelo inadimplemento, mensurada embora pelo interesse do contraente, deve ser apreciada objectivamente, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer pessoa (designadamente pelo próprio devedor ou pelo juiz) e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor*»¹²⁷⁵.

Se, com base nos elementos acima referidos, se concluir pela escassa gravidade do incumprimento, não surgirá uma faculdade resolutiva. Este é o modelo constante do CC, desenhado sobre o paradigma do contrato de execução instantânea.

Nos contratos de execução duradoura a apreciação da admissibilidade do exercício da faculdade resolutória deve ser realizada noutros moldes. O inadimplemento não deve ser valorado em função apenas do seu efeito isoladamente considerado, mas atendendo ao seu impacto na relação enquanto

¹²⁷⁴ Para mais desenvolvimentos quanto à gravidade do incumprimento que constitui fundamento bastante para o surgimento do direito de resolução, veja-se MACHADO, João Baptista, «Pressupostos...*cit.*», p. 130 e ss.

¹²⁷⁵ MACHADO, João Baptista, «Pressupostos...*cit.*», p. 137. Quanto às diferenças entre o critério subjectivo e o critério objectivo veja-se ainda as páginas 135 e s., bem como JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio...cit.*, p. 20, nota de rodapé n.º 3. Finalmente, veja-se o acórdão do tribunal da Relação do Porto de 10.11.2009, proc. n.º 456/08.3TBPFR.P1 (disponível em www.dgsi.pt).

um todo¹²⁷⁶. O que está em causa, em regra, num contrato de execução duradoura, não é a perda de interesse do credor numa concreta prestação, mas sim a perda de interesse na manutenção da relação¹²⁷⁷. O juízo de avaliação do incumprimento, para efeitos do exercício do direito de resolução nos contratos de execução duradoura, transcende a mera apreciação do respectivo impacto no interesse do credor na prestação incumprida, incidindo igualmente sobre o efeito daquele no interesse do credor em manter-se vinculado ao contrato. Atenta-se, para além da gravidade do incumprimento em si mesmo considerado, aos efeitos daquele na viabilidade da relação. Trata-se pois, a final, de realizar um juízo quanto à *exigibilidade da manutenção do contrato*¹²⁷⁸.

O contrato de execução duradoura deve poder ser resolvido sempre que, de acordo com as concepções vigentes na sociedade e à luz do princípio da boa fé, em face de determinado facto ou circunstâncias, a respectiva execução se torne inexigível. Tal é o que se retira do universo de preceitos que reconhecem, em relação a específicos tipos contratuais de execução duradoura – como os contratos de sociedade, comodato, mútuo, mandato, depósito, seguro, arrendamento e trabalho – a resolução com fundamento em justa causa.

Face ao exposto, parece poder reconhecer-se uma lacuna no regime geral das obrigações, que deverá ser integrada com recurso, consoante a doutrina, à analogia *iuris* ou à indução¹²⁷⁹. Das regras particulares sobre a resolução por justa causa em contratos de execução duradoura retira-se um princípio geral de

¹²⁷⁶ Chamando a atenção para as diferenças na valoração do incumprimento entre contratos de execução duradoura e instantânea, MACHADO, João Baptista, «Pressupostos...*cit.*», p. 138 e ss.

¹²⁷⁷ Neste sentido, MACHADO, João Baptista, anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 281. Donde, continua o Autor, pode verificar-se a perda de interesse numa prestação concreta, mas não já na relação no seu todo.

¹²⁷⁸ Neste sentido, MACHADO, João Baptista, «Parecer...*cit.*», p. 670 e s.

¹²⁷⁹ Pode-se discutir se o processo de integração da lacuna com recurso aos preceitos particulares que regulam a resolução por justa causa é de analogia *iuris* – assim, MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 62 e LARENZ, Karl, *Metodologia...cit.*, p. 544 e s. – ou de indução – assim, MACHADO, João Baptista, «Do Princípio da Liberdade Contratual - Anotação», *Obra Dispersa*, vol I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 635, nota de rodapé n.º 2. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se *Metodologia...cit.*, p. 544 e s.

resolução com fundamento em justa causa, aplicável a todas as relações de execução duradoura^{1280/1281/1282}.

¹²⁸⁰ No mesmo sentido, MACHADO, João Baptista, anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 281, «Do Princípio...cit., p. 634 e 635, nota de rodapé n.º 2, e «Pressupostos...cit., p. 138 e ss.; GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema...cit.*, p. 75; e MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 62.

¹²⁸¹ Na mesma linha, LARENZ, antes da consagração no §314 do BGB da figura da «*Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund*», referia, a título de exemplo da analogia *iuris*, a dedução de um conjunto de disposições legais respeitantes a tipos contratuais específicos de execução duradoura, que previam a faculdade de denúncia por *motivos relevantes*, de um direito de denúncia invocável em qualquer relação de execução duradoura com aquele mesmo fundamento (*Metodologia...cit.*, p. 544 e s. e *Lehrbuch...cit.*, I, p. 32 e s. e 163 e s.). Veja-se ainda, no mesmo sentido, OETKER, H., *Das Dauerschuldverhältnis...cit.*, p. 269.

¹²⁸² Tal não significa que a justa causa não constitua um limite à manutenção dos contratos de execução instantânea. Sucede apenas que em resultado da centralidade do tempo enquanto elemento essencial dos contratos de execução duradoura, designadamente para efeitos de satisfação do interesse das partes, a apreciação da justa causa, enquanto fundamento resolutivo, tenderá a realizar-se em moldes diversos. Neste sentido, OETKER, afirmando que a inexigibilidade constitui um limite de qualquer vinculação contratual, seja ela de natureza duradoura ou não, refere que, enquanto no âmbito dos contratos de execução instantânea esta é aferida em relação ao momento presente da execução contratual, nos contratos de execução duradoura acresce a este juízo um outro sobre a exigibilidade da execução futura do contrato (*Das Dauerschuldverhältnis...cit.*, p. 268 e s.). No sentido de se tratar de um princípio aplicável a todas as relações contratuais, veja-se, na doutrina portuguesa, OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios...cit.*, p. 870. Em sentido contrário parece-nos pronunciar-se JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO ao reconhecer no n.º 2 do artigo 1083.º do CC, «(...) o regime geral da resolução, ajustado às relações duradouras» («O Novo...cit., p. 20). BAPTISTA MACHADO, entre outros, defende a aplicação da resolução por justa causa aos contratos cuja execução, em bom rigor, não seja duradoura, mas perdure no tempo. Em anotação ao acórdão do STJ de 08.11.1983, que tem por objecto a apreciação da cessação de um contrato de prestação de serviços celebrado entre um arquitecto e um empreiteiro, «(...) pelo qual o primeiro se obriga a fazer para o segundo, numa determinada sequência temporal, certos estudos e projectos de arquitectura destinados à construção de um prédio, contra um preço global dividido em prestações que se venceriam com a adjudicação do trabalho e com o cumprimento de cada uma das prestações de serviço», distingue entre contratos de execução duradoura, contratos de execução diferida por vontade das partes e contratos de execução diferida em resultado da natureza das próprias prestações (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 271 a 282). O contrato em análise no litígio, contrato atípico cujo regime o Autor aproxima do contrato de empreitada (*ibid*, p. 277), integrar-se-ia nesta última categoria: apesar de não se tratar de uma relação de execução duradoura propriamente dita, é uma «(...) relação que todavia, perdura necessariamente no tempo, visto as prestações de serviço acordadas, além de consumirem tempo na sua preparação, deverem ser feitas numa sequência temporal» (*ibid*, p. 276). O diferimento no tempo do cumprimento não resulta da vontade das partes, mas da natureza das prestações em causa. A natureza prolongada da relação, bem como a presença de um *elemento organizativo* (*ibid*, p. 330), a intensificação dos deveres acessórios de conduta, em especial de fidelidade e de colaboração (*ibid*, p. 331), aproximam-na das relações de execução duradoura de tal forma que, segundo o Autor, deve ser-lhes aplicável o regime da resolução por justa causa (*ibid*, p. 318 e 329 e ss.).

2.2. A densificação do conceito de justa causa

É frequente, tanto na doutrina, como na jurisprudência, a afirmação de uma relação de (quase) necessidade entre a questão da justa causa e a viabilidade da execução *future* do contrato. BAPTISTA MACHADO, entre outros, afirma que «(...) o problema da resolução por justa causa tem a ver com a repercussão de um certo incumprimento que projecta a sua sombra no futuro de uma relação duradoura (...)»¹²⁸³. Na apreciação da existência de *justa causa*, não se trataria tanto de avaliar os danos e as consequências directas do incumprimento, designadamente o prejuízo causado ao credor, mas os efeitos daquele na relação contratual entendida enquanto programa que tende para um determinado fim. Tratar-se-ia, em síntese, de avaliar se a *perda de confiança*, a *tensão litigiosa*, a *perturbação* e a *insegurança* geradas quanto ao futuro da relação, tornam *inexigível* a manutenção do contrato¹²⁸⁴.

Ora, apesar desta tendência para centrar a relevância do incumprimento nos efeitos na relação de confiança entre as partes e na execução *future* do contrato¹²⁸⁵, a verdade é que, como salienta JÚLIO VIEIRA GOMES, pode consubstanciar justa causa um inadimplemento que não ponha em causa a *confiança* no posterior cumprimento do contrato. Como ilustração desta afirmação, o Autor apresenta um exemplo, retirado de PIETRO ICHINO, de um trabalhador, pessoa pacífica e sem problemas com os colegas que, encontrando na empresa em que trabalha, como cliente, o homem que fugiu com a sua mulher, o agride. Poder-se-á aqui afirmar que com este comportamento o trabalhador perturba a confiança do empregador na correcta execução futura do contrato? Haverá um risco de repetição deste comportamento?¹²⁸⁶ Não obstante, parece indiscutível a necessidade de reconhecer ao empregador a faculdade de

¹²⁸³ MACHADO, João Baptista, «Parecer...cit.», p. 672.

¹²⁸⁴ Neste sentido, MACHADO, João Baptista, «Parecer...cit.», p. 673.

¹²⁸⁵ Assim, MAGALHÃES, David, *A Resolução...cit.*, p. 63.

¹²⁸⁶ *Direito...cit.*, I, p. 952 e 953, em particular a nota de rodapé n.º 2296. Ainda sobre esta questão, veja-se, *supra*, capítulo V, §3.2., 3.3.2, (b), (ii).

pôr termo ao contrato. O comportamento do trabalhador torna, no presente, a manutenção da relação inexigível.

Há que concluir pois que o incumprimento pode tornar inviável a relação no presente, deixando de ser exigível ao credor a manutenção do contrato, sem que todavia tenha havido uma qualquer perturbação da confiança quanto ao cumprimento futuro do contrato.

Parece-nos, por isso, mais rigoroso reconhecer na *justa causa* um alargamento dos fundamentos resolutivos, da relevância do incumprimento para efeitos de extinção unilateral do contrato de execução duradoura para além do incumprimento objectivamente grave acima referido e pressuposto, designadamente, no artigo 802.º, n.º 2 do CC. Nos contratos de execução duradoura releva ainda o impacto daquele na *viabilidade* da relação, na exigibilidade da respectiva manutenção para a parte adimplente. Este impacto pode ser aferido em relação ao momento presente – o incumprimento inviabiliza a manutenção do contrato por ter quebrado a especial relação que unia as partes (quando esta em concreto exista) – mas igualmente por referência ao futuro – o comportamento do devedor releva enquanto *sintoma* de incumprimento futuro que destrói a confiança no subsequente cumprimento do contrato. A *justa causa* corresponderá pois, em regra, a um incumprimento contratual cujo impacto na relação contratual no seu todo impõe a disponibilização do direito de resolução do contrato à parte adimplente.

Note-se finalmente que, enquanto desvio ao princípio *pacta sunt servanda*, a *justa causa* apenas deverá operar como *ultimum subsidium*.

(a) Um conceito de apreciação eminentemente casuística

A *justa causa* é um conceito *elástico*, mero quadro, a preencher no momento da sua aplicação pelo juiz com recurso às «(...) *convicções reinantes no agregado social ou também, porventura, em investigação livre, operando com a ideia de justiça*

sobre os dados da realidade ambiente», «(...) sobre a base dos elementos da realidade exterior que para o efeito possam interessar (...)»¹²⁸⁷. A justa causa surge, à semelhança de outros institutos, como a boa fé, a alteração das circunstâncias, a denúncia, como válvula de escape à rigidez do princípio da obrigatoriedade dos contratos, como meio de defesa de outros valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico, entre os quais, a liberdade de desvinculação, a protecção das expectativas das partes e do equilíbrio contratual inicialmente acordado. Trata-se, como já se referiu anteriormente, de um «conceito-válvula» (WURZEL), de uma «válvula de segurança do mecanismo legislativo» (DONATI), de um «órgão respiratório da legislação» (POLACCO)¹²⁸⁸.

Tratando-se de um conceito indeterminado, o preenchimento da justa causa dependerá sempre de uma análise casuística, por meio da qual se procurará determinar se, perante a situação em apreço, é exigível, segundo a boa fé, a uma das partes a continuação da relação contratual. Apenas no contexto das circunstâncias particulares do caso em concreto será possível avaliar do impacto do incumprimento na relação contratual e, bem assim, da exigibilidade da respectiva manutenção^{1289/1290}. Deverá por isso constituir igualmente parte integrante daquele juízo uma ponderação dos interesses em causa. De um lado, o interesse na subsistência da relação e, de outro, o fundamento invocado para a desvinculação.

Em síntese, no juízo quanto à verificação de justa causa dever-se-á procurar determinar se perante as circunstâncias do caso concreto, o incumprimento em causa, seja pela sua natureza, gravidade, reiteração ou pelas

¹²⁸⁷ ANDRADE, Manuel de, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 3.^a ed., Arménio Amado, 1978, p. 47 e s.

¹²⁸⁸ *Apud* ANDRADE, Manuel de, *Ensaio sobre a Teoria...cit.*, p. 49.

¹²⁸⁹ Veja-se, a título de exemplo, a relevância de tais circunstâncias no âmbito do contrato de trabalho, *supra*, capítulo V, §3.2, 3.3.2.

¹²⁹⁰ No mesmo sentido, afirma LARENZ a impossibilidade de «(...) dizer, em termos gerais, quando é que já se não pode continuar a exigir de uma das partes a vinculação ao estipulado no contrato, o cumprimento do contrato, considerando, por exemplo, uma perturbação da base da confiança» (*Metodologia...cit.*, p. 406). Veja-se as páginas 406 e ss. para maiores desenvolvimentos sobre o processo de emissão de um juízo de valor pelos tribunais.

suas repercussões na relação como um todo torna a manutenção do contrato inexigível.

(b) O valor do incumprimento.

Em especial, a dimensão sintomática do incumprimento.

Doutrina e jurisprudência, procurando densificar o conceito de justa causa e, bem assim, facilitar a respectiva aplicação, identificaram um conjunto de *comportamentos*, *factos*, susceptíveis de tornar inexigível a subsistência da vinculação da parte adimplente, nos contratos de execução duradoura. Trata-se, como veremos em seguida, em regra, de comportamentos, por um lado, cuja relevância decorre, no essencial, do respectivo valor *sintomático* e, por outro, associados à ideia de *quebra da confiança*.

Como já tivemos oportunidade de referir, no âmbito dos contratos de execução duradoura, a relevância fundamental da natureza prolongada da relação na prossecução do fim contratual e, bem assim, no interesse das partes quanto à respectiva manutenção, impõe a valorização do incumprimento à luz de um outro critério que vem complementar aquele primeiro relacionado com a apreciação do impacto da violação contratual no interesse do credor na prestação incumprida. Trata-se agora de medir o impacto do comportamento do devedor inadimplente na relação duradoura na sua globalidade, atendendo às características concretas daquela. Haverá assim, consoante o caso, que apreciar dos efeitos do incumprimento ao nível, por um lado, da relação pessoal entre as partes, designadamente na relação de «*confiança*» entre estas – quando no caso em concreto se apure a existência de uma tal relação, revelada seja pela especial intensidade dos deveres de conduta, seja pela essencialidade para a subsistência do contrato de certas qualidades da contraparte, *v.g.*, de confidencialidade, lealdade, honestidade, entre outros –, por outro lado, da litigiosidade que eventualmente crie e, finalmente, da insegurança do credor

quanto ao cumprimento futuro do contrato. Fala-se aqui do *valor sintomático* do incumprimento¹²⁹¹.

A apreciação do incumprimento segundo este prisma permite que um inadimplemento de menor gravidade – quando apreciado em função do impacto no interesse do credor na prestação incumprida – possa constituir fundamento bastante para a resolução¹²⁹². A relevância do incumprimento não se relaciona pois (necessariamente) com a gravidade do incumprimento que, como referimos, pode ser pouco significativa. Encontra-se sim ligada às circunstâncias que rodeiam tal incumprimento. Se estas forem de molde a inviabilizar a manutenção da relação ou, em particular, a justificar o receio no incumprimento futuro, então encontra-se a resolução do contrato legitimada. O n.º 2 do artigo 73.º da Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias surge precisamente neste quadro de tutela do credor que, com fundamento num incumprimento de menor importância – insusceptível, de acordo com a regra geral do n.º 2 do artigo 802.º do CC, de fazer surgir um direito de resolução – receia o incumprimento futuro do contrato¹²⁹³. Trata-se de um caso em que o incumprimento parcial, em

¹²⁹¹ Reitera-se que a relevância do impacto do incumprimento na relação entre as partes no seu todo não impede que, no âmbito dos contratos de execução duradoura, se valore para efeitos de exercício do direito de resolução a gravidade do incumprimento nos termos consagrados, por exemplo, no artigo 802.º, n.º 2. Casos haverá, naturalmente, em que a gravidade deste em si mesma considerada constitui fundamento bastante para o exercício do direito de resolução, nos termos gerais. O critério da confiança, da respectiva afectação, poderá ainda valer, concorrente ou subsidiariamente.

¹²⁹² MACHADO, João Baptista, «Pressupostos...cit.», p. 132, 135 e 138 e ss. e FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 556.

¹²⁹³ Determina o artigo 73.º da Convenção: «(1) *In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligations in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract with respect to that instalment, the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment.* (2) *If one party's failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time.* (3) *A buyer who declares the contract avoided in respect of any delivery may, at the same time, declare it avoided in respect of deliveries already made or of future deliveries if, by reason of their interdependence, those deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract.*».

resultado dos respectivos efeitos sintomáticos, é expressamente elevado a fundamento de resolução do contrato no seu todo.

A perda de «*confiança*» que, como vimos, pode constituir fundamento para a resolução destas relações, pode resultar de diferentes factores, entre os quais um incumprimento singular de menor gravidade, mas também de violações repetidas de pouca gravidade ou do incumprimento de deveres gerais de conduta. Em razão da importância da confiança, em sentido estrito ou da confiança no cumprimento, no quadro da relação duradoura, pode a gravidade do incumprimento aumentar em função da respectiva repetição, de tal forma que, embora isoladamente considerado aquele não consubstanciasse fundamento bastante para a resolução do contrato, a sua reiteração faça surgir na esfera da contraparte um direito a pôr fim ao contrato. Assim, por exemplo, nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 351.º do CT, constitui justa causa de despedimento do trabalhador, o «*[d]esinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho a que está afecto*»¹²⁹⁴. Da mesma forma que poderá consubstanciar justa causa de resolução, o repetido fornecimento em quantidades diversas das acordadas de fruta a uma mercearia. Releva aqui o efeito do incumprimento na relação contratual no seu todo, isto é, a medida em que a violação do contrato afecta a relação entre as partes e, em particular, a confiança do credor no respectivo cumprimento exacto futuro (carácter sintomático do incumprimento).

Quando a relação duradoura consubstancie uma relação de confiança em sentido estrito, o que sucederá, tendencialmente, quando pressuponha uma colaboração estreita entre as partes, ou, ainda, quando pressuponha, como condição da respectiva viabilidade, certas qualidades de confidencialidade, lealdade, honestidade da contraparte para além do exigível no tráfico corrente, ganha o incumprimento de menor gravidade uma relevância acrescida como

¹²⁹⁴ Veja-se, neste sentido, MACHADO, João Baptista, «Pressupostos...*cit.*», p. 132.

fundamento resolutivo¹²⁹⁵. Por outro lado, nestas relações em que, como se referiu, há uma expectativa quanto ao comportamento da contraparte que vai além da estrita observância dos deveres a que se encontram vinculadas por força do contrato, relevam igualmente comportamentos que, não consubstanciando a violação de um dever, não sendo reconduzíveis ao instituto do incumprimento, perturbem a base de confiança, de cooperação ou de lealdade entre as partes, essencial à subsistência da relação.

Nestes casos, a essencialidade de tais elementos – confiança, cooperação, lealdade, respeito por determinados deveres acessórios de conduta – para a manutenção do contrato, para a respectiva viabilidade, impõe que comportamentos que lhes sejam desconformes – podendo, consoante o caso, consubstanciar um incumprimento contratual ou não – possam fundamentar a decisão de pôr unilateralmente fim ao contrato. Trata-se aqui, uma vez mais não de apreciar as consequências do acto isoladamente considerado, mas de avaliar o seu impacto, enquanto facto que pode fazer desaparecer a *base* que permitiu o surgimento da relação contratual e a respectiva subsistência. Em tais relações, a essencialidade da preservação da natureza *de confiança* ou de cooperação da relação leva-nos a concordar com BAPTISTA MACHADO, reconhecendo o surgimento de um dever geral de abstenção de qualquer comportamento que faça desaparecer a confiança criada entre as partes¹²⁹⁶.

Em síntese pode-se afirmar que, em todos os contratos em que se verifique uma relação de especial confiança, colaboração, em que o respeito pelos deveres de lealdade, correcção assumam especial intensidade, qualquer comportamento que afecte tais elementos pode pôr em perigo o próprio fim do contrato e, nessa medida, consubstanciará fundamento bastante para a respectiva resolução.

¹²⁹⁵ Muito embora, como já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, consideremos que a relação de confiança não decorre necessariamente da natureza duradoura do contrato, pode-se afirmar que alguns contratos em particular se incluirão, pelo menos tendencialmente, nesta categoria, entre os quais, o contrato de trabalho, de sociedade ou de prestação de certos serviços específicos, como os prestados por médico ou um advogado.

¹²⁹⁶ MACHADO, João Baptista, «Pressupostos...*cit.*», p. 141.

Desaparecendo o *ambiente* em que a relação (*de confiança*) se alicerçou pode-se tornar inexigível a respectiva manutenção, atribuindo-se assim ao *deceptus* o poder de a resolver¹²⁹⁷.

Pode-se dizer que, nestes casos, o universo de situações subsumíveis à figura da justa causa é mais abrangente quando comparado com aquele que encontramos nas relações duradouras em que o contacto pessoal é reduzido, em que inexistente uma *relação de confiança* entre as partes¹²⁹⁸.

§3.4. SÍNTESE CONCLUSIVA

A relevância jurídica da resolução sem fundamento enquanto comportamento susceptível de fundamentar o recurso às faculdades reservadas para o incumprimento contratual resulta do respectivo impacto na relação entre as partes, bem como do seu valor sintomático.

É o valor desta declaração enquanto conduta profundamente contrária à tendência da relação obrigacional para o cumprimento que pode tornar inexigível à parte adimplente a manutenção do vínculo e, bem assim, permitir-lhe que ponha fim à relação em curso, resolvendo-a. O valor facial desta conduta, caso se entenda que consubstancia a violação de um dever de conduta de se abster de comportamentos contrários à execução do contrato¹²⁹⁹, em si mesmo considerado, seria insusceptível de fundamentar a resolução do contrato. É o impacto daquele acto na relação entre as partes, na *confiança no cumprimento* do contrato ou, no caso de se tratar de uma relação de confiança, na *confiança* essencial à vigência do contrato, que funda a disponibilização ao credor dos instrumentos previstos na lei para o incumprimento.

¹²⁹⁷ Neste sentido, FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria...cit.*, p. 557.

¹²⁹⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de justa causa, veja-se MACHADO, João Baptista, anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 329 e ss.

¹²⁹⁹ Como se viu, parte da doutrina considera inexistir, no caso da resolução infundada, uma violação de um dever de conduta (*supra*, designadamente, capítulo IV, §3.2 a §3.4).

De entre estes, reveste-se de especial relevância o direito à manutenção do contrato, que se desdobrará, consoante o caso, num direito a cumprir e/ou num direito ao cumprimento.

O direito à manutenção do contrato da parte a quem é declarada a resolução sem fundamento, como o direito à manutenção em geral, encontra-se limitado pela ponderação de outros interesses igualmente tutelados pela ordem jurídica nacional, entre os quais a protecção da liberdade de desvinculação e a protecção das expectativas legítimas das partes e do equilíbrio construído por estas aquando da celebração do contrato. A questão central que nos ocupou neste último capítulo consiste precisamente em determinar quando é que o interesse na manutenção deve ceder em nome de preocupações relacionadas com a tutela daqueles outros interesses. Procurámos, em particular, identificar um critério operativo que permitisse ajudar o aplicador do Direito na tarefa de discernir se determinado contrato, resolvido de forma infundada, pode ser mantido.

Na análise de alguns Direitos romano-germânicos e de *common law*, apercebemo-nos de que, enquanto os primeiros se centram na questão da exigibilidade da manutenção do contrato atendendo ao equilíbrio inicialmente acordado, os segundos tendem a privilegiar a ponderação da *utilidade* da manutenção do contrato. Nas ordens jurídicas de *common law*, em especial no Direito norte-americano – encontrando-se o expoente máximo desta orientação na doutrina da *efficient breach*, surge como primacial a avaliação da eficiência económica da manutenção, do cumprimento do contrato, por contraponto com a respectiva cessação e incumprimento. Mede-se o interesse de cada uma das partes no cumprimento do contrato, avaliam-se os efeitos da decisão de subsistência da relação por contraposição com a respectiva extinção, sendo expressa a preocupação com a prevenção de desperdício de recursos. Já nas ordens jurídicas romano-germânicas, o interesse no cumprimento do devedor inadimplente é, em regra, desconsiderado, sendo central a ponderação do

esforço exigido ao devedor para a realização da prestação por comparação com o interesse do credor no cumprimento, atendendo ao tipo de negócio em causa e ao equilíbrio contratual inicialmente acordado¹³⁰⁰. Em ambas as famílias jurídicas, todavia, o que está em causa, no juízo quanto à manutenção do contrato, é «o nível valorativo hierárquico de vinculação a um contrato»¹³⁰¹, atribuído pelo Direito, perante outros interesses como a prevenção do gasto desnecessário de recursos ou a preservação das expectativas, do equilíbrio contratual inicialmente acordado pelas partes ou da respectiva liberdade de desvinculação.

No Direito nacional, a limitação do direito à manutenção do contrato surge, em termos gerais, no âmbito da temática do agravamento substancial da prestação. Entende-se, com base, em particular, no princípio da boa fé, que o devedor apenas se encontra vinculado até um certo ponto, findo o qual é imperativo o reconhecimento de um direito a modificar o contrato, de forma a restabelecer o equilíbrio contratual inicialmente acordado, ou, em determinadas situações, a pôr termo ao contrato. Em alguns casos, em benefício do equilíbrio contratual e da liberdade de desvinculação das partes, a lei reconhece, de forma expressa, limites ao direito à manutenção do contrato, colocando à disposição da parte cuja prestação é agravada alguns instrumentos de reposição do equilíbrio contratual, bem como a faculdade de fazer cessar o contrato unilateralmente. Tal sucede, designadamente, no regime dos contratos de arrendamento, agência, mandato e trabalho, com a previsão da resolução com fundamento em justa causa.

Apesar de este fundamento resolutivo se encontrar circunscrito a um conjunto limitado de tipos contratuais, inexistindo no regime geral das obrigações uma disposição que o acolha em termos mais amplos, doutrina e

¹³⁰⁰ Naturalmente que a esta ponderação subjaz também uma preocupação com a utilização eficiente de recursos, muito embora esta não seja em regra afirmada de forma expressa.

¹³⁰¹ LARENZ, Karl, *Metodologia...cit.*, p. 408, e *Lehrbuch...cit.*, p. 134 e s.

jurisprudência reconhecem na justa causa um fundamento geral para a resolução das relações obrigacionais de carácter duradouro. Donde é hoje aceite, de forma unânime, que o incumprimento que, pelo seu valor facial ou pelo impacto na relação entre as partes, designadamente em resultado do respectivo valor sintomático, torne *inexigível* a manutenção do contrato pela parte adimplente constitui fundamento bastante para a resolução no universo dos contratos de execução duradoura.

Muito embora no caso que nos propusemos analisar, relativo aos limites à manutenção do contrato pelo credor adimplente, na sequência da declaração de resolução infundada do contrato pelo devedor, o reconhecimento de uma faculdade de desvinculação do devedor (inadimplente) não tenha por fundamento um incumprimento da contraparte, trata-se igualmente de apreciar a exigibilidade da manutenção do contrato. O juízo é pois em tudo semelhante àquele realizado em sede de apreciação da verificação de uma situação de justa causa. Trata-se de avaliar se, atendendo às circunstâncias do caso concreto, e à luz do princípio da boa fé, é exigível ao devedor, que exprimiu a sua vontade em pôr termo ao contrato, que se mantenha vinculado ao mesmo. O critério operativo é, em ambos casos, o da *exigibilidade*.

Neste juízo há que ponderar, por um lado, o interesse do credor no cumprimento e, por outro, o *esforço* de cumprimento do devedor. Este *esforço*, note-se, não é necessariamente apenas mensurável em termos meramente económicos. Não se trata aqui de apreciar somente o agravamento do custo financeiro da execução da prestação, mas também o *esforço moral*¹³⁰² da manutenção do contrato pelo devedor inadimplente. Na avaliação deste, dever-se-á atender não só aos fundamentos subjacentes à declaração de resolução infundada, mas igualmente ao impacto que a própria declaração tenha tido na

¹³⁰² A escolha do termo moral remete para a antiga impossibilidade moral do Direito alemão (ver *supra*, capítulo V, §3.1, 1.2, (c)).

relação entre as partes, já que os próprios acontecimentos desencadeados por aquela podem ter tornado insustentável a manutenção do vínculo.

Sempre que se verifique, em concreto, que o contrato de execução duradoura pressuponha uma relação de confiança em sentido estrito, visível, designadamente, numa relação de proximidade ou de colaboração entre as partes, ou ainda na imposição de particulares deveres de confidencialidade ou de lealdade, entre outros, dever-se-á, na apreciação da viabilidade da manutenção da relação recorrer a uma noção de inexigibilidade mais lata. A *delicadeza* que envolve estas relações torna-as mais sensíveis, mais frágeis, perante eventuais perturbações que surjam. Por esta razão, o universo de situações reconduzíveis à inexigibilidade será, no quadro de tais contratos, mais amplo, por contraposição àqueles em que inexistente aquela relação de confiança ou de especial proximidade entre as partes, em que o padrão de conduta imposto corresponde ao *normalmente* exigido no tráfico jurídico indiferenciado.

RESUMO

O presente estudo tem como objecto os efeitos da declaração de resolução (por incumprimento) infundada no universo dos contratos que criam relações de carácter duradouro. Divide-se em duas grandes partes.

A primeira incide sobre os efeitos da declaração de resolução sem fundamento enquanto acto autonomizável da execução do contrato, dirigido à sua destruição. Concluímos que, dependendo o surgimento do direito de resolução da verificação de um fundamento, a inexistência deste determina a ilicitude da declaração pretensamente resolutiva e, em regra, a invalidade desta. A análise das escassas disposições normativas que abordam a questão da ilicitude da resolução num conjunto de tipos contratuais revela-nos que, apesar desta tendencial relação entre *ilicitude* e *invalidade* da resolução infundada, casos há em que o efeito extintivo se produz. Trata-se de desvios à regra geral, justificados pela tutela de outros interesses aos quais o Direito, *in casu*, opta por atribuir uma protecção acrescida em detrimento da estabilidade e segurança. Conclui-se pois que a questão da eficácia da declaração resolutiva infundada não tem necessariamente uma resposta única.

A segunda parte do estudo centra-se na determinação dos efeitos da declaração de resolução sem fundamento como acto de execução do contrato, atendendo, em particular, ao respectivo valor sintomático, enquanto manifestação de uma intenção de não cumprimento. Defendemos que a gravidade desta declaração, enquanto conduta profundamente contrária à tendência *natural* da relação obrigacional para o cumprimento, impõe a disponibilização ao declaratório das faculdades previstas na lei para o inadimplemento. Na base do accionar destes instrumentos encontrar-se-á a violação de um dever de conduta de abstenção de comportamentos contrários à execução do contrato decorrente do princípio da boa fé, a quebra da confiança

base do contrato, a violação da obrigação principal ou ainda a tutela do receio de incumprimento, variando a relevância destes elementos consoante o caso e, em particular, o tipo contratual em questão. De entre aquelas faculdades, reveste especial interesse, face à hipótese em análise caracterizada pela manifestação, por uma das partes, de uma vontade de desvinculação e pela natureza duradoura do contrato, o direito à manutenção do contrato.

Este direito à manutenção encontra-se limitado pela ponderação de outros interesses igualmente tutelados pela ordem jurídica, designadamente a protecção da liberdade de desvinculação e das expectativas legítimas das partes, bem como do equilíbrio construído por estas aquando da celebração do contrato. Entendemos que o juízo de determinação do ponto em que o direito à manutenção deve ceder em nome de preocupações relacionadas com a tutela daqueles outros interesses é em tudo semelhante ao realizado em sede de apreciação dos limites da vinculação do credor, no quadro da justa causa. Trata-se de avaliar se, atendendo às circunstâncias do caso concreto e à luz do princípio da boa fé, é exigível ao devedor, que exprimiu a sua vontade de pôr termo ao contrato, que se mantenha vinculado ao mesmo. Neste juízo há que ponderar, por um lado, o interesse do credor no cumprimento e, por outro, o *esforço* de cumprimento do devedor. Este *esforço*, note-se, não é necessariamente mensurável apenas em termos meramente económicos. Não se trata aqui de apreciar somente o agravamento do custo financeiro da execução da prestação, mas também o *esforço moral* da manutenção do contrato pelo devedor inadimplente. Na avaliação deste, dever-se-á atender não só aos fundamentos subjacentes à declaração de resolução infundada, mas igualmente ao impacto que a própria declaração tenha tido na relação entre as partes, já que os próprios acontecimentos desencadeados por aquela podem ter tornado insustentável a manutenção do vínculo.

ABSTRACT

This study analyses the effects of wrongful termination of long-term contracts, where the unlawfulness arises from the absence of the counterparty's non-performance. It is divided in two parts.

The first part is centered on the analysis of wrongful termination regarded as a party's action, autonomous from the performance of the contract, directed at its destruction. Considering that the right to terminate is subject to a requirement of existence of a breach of contract, its absence results in the unlawfulness of the termination and, as a general rule, in its invalidity. The analysis of the few existing legal provisions regarding unlawful termination, applicable to a definite set of contracts, shows us that despite the existence of a relation between the unlawfulness of the termination and its invalidity, there are situations where said termination does bring the contract to an end. Such exceptions are justified by the prevalence of other interests that the law chooses, *in casu*, to protect at the expense of legal certainty. Based on the above we conclude that there is not a single answer to the question of the effectiveness of wrongful termination.

The second part of this dissertation addresses the effects of wrongful termination as part of the contract's performance by one of the parties, as a conduct indicating that said party will not perform. We argue that the seriousness of the statement – regarded as an action contrary to the natural course of the obligational relationship, i.e., towards its completion – entitles the innocent party to have resort to all legal remedies for breach of contract. Infringement of an ancillary good-faith duty to refrain from actions contrary to the contract's performance, breach of trust essential to the contract, violation of a primary obligation or creditor's protection from fear of prospective non-performance shall constitute the necessary grounds for the use of the above mentioned remedies. The relevance of each of these elements – as the basis for

the exercise of said remedies – shall depend from case to case and, in particular, from the relevant contractual type. In light of the hypothesis under analysis, where one of the parties indicated that it no longer wishes to be bound by the contract and its long-term nature, the power of the creditor to keep the contract alive is amongst all of the available remedies of particular interest.

The right to affirm the contract is limited by the weighing of other legally protected interests such as the parties' freedom to bring the contract to an end, the parties' reasonable expectations, as well as the contractual equilibrium agreed at the time the contract was entered into. We hold that the reasoning used to determine the limits of the right to keep the contract alive, dictated by the need to safeguard the above mentioned interests, is in every way similar to the one used to assess whether the creditor can reasonably be expected to continue to be bound to the contract in the context of termination for just cause. It consists in determining whether in light of the relevant circumstances and the good-faith principle the debtor who stated his will to put an end to the contract can reasonably be held to it. In such reasoning one has to balance on the one hand the creditor's interest in the contract's performance and on the other the debtor's *effort* to perform. This *effort* is not necessarily measurable in mere economical terms. The assessment should take into account not only the increase of the performance's financial cost, but also the *moral effort* required for the defaulting debtor to be kept bound by the contract. When appraising this *moral effort* one should have regard not only to the grounds underlying the wrongful termination, but also to the effects of the termination in the parties' relationship, as the events triggered by such a conduct may have rendered the contract's maintenance intolerable.

RÉSUMÉ

La présente étude a pour objet l'analyse des effets de la déclaration de résolution, pour inexécution, dépourvue de fondement, dans l'univers des contrats à exécution successive. Elle se trouve organisée en deux grandes parties.

La première partie est consacrée aux effets de la déclaration de résolution injustifiée en tant qu'acte autonome de l'exécution du contrat, dirigé à son anéantissement. Étant donné que l'émergence du droit à résoudre dépend de l'existence d'un fondement, nous concluons que son inexistence engendre l'illicéité de la déclaration qui se voulait de résolution et, pour norme, son invalidité. L'analyse des rares dispositions légales qui traitent la question de l'illicéité de la résolution dans un groupe particulier de types contractuels nous révèle que, malgré cette relation tendancielle entre *illicéité* et *invalidité* de la résolution injustifiée, dans certains cas l'effet extinctif se produit. Ce sont des écarts à la règle générale justifiés par la protection d'autres intérêts auxquels le Droit décide, *in casu*, d'accorder une protection additionnelle au détriment de la stabilité et de la sécurité. Nous concluons donc que la question de l'efficacité de la déclaration de résolution injustifiée n'a pas nécessairement une seule réponse.

La deuxième partie de l'étude se centre sur la détermination des effets de la déclaration de résolution sans fondement en tant qu'acte d'exécution du contrat, ayant regard, en particulier, à sa valeur symptomatique comme manifestation d'une intention d'inexécution. Nous défendons que la gravité de cette déclaration, en tant que conduite profondément contraire à la tendance *naturelle* de la relation obligationnelle vers l'exécution, impose la disponibilisation au déclarataire des instruments prévus dans la loi pour l'inexécution. L'exercice de ces instruments aura pour fondement le

manquement à un devoir de conduite de s'abstenir de comportements contraires à l'exécution du contrat issu du principe de la bonne-foi, la rupture de la confiance base du contrat, la violation de l'obligation principale ou encore la protection de la crainte d'inexécution, l'importance de chacun de ces éléments dépendant du cas et, en particulier, du type de contrat en question. Face à l'hypothèse en analyse, caractérisée par la manifestation d'une des parties d'une volonté de se libérer du lien contractuel et par la nature successive de l'exécution du contrat, le droit à maintenir le contrat acquiert un intérêt particulier entre les instruments susmentionnés.

Ce droit à maintenir le contrat se trouve limité par la mise en balance d'autres intérêts également protégés par l'ordre juridique, tels que la protection de la liberté de se délier du lien contractuel et des attentes légitimes des parties, aussi bien que de l'équilibre construit par celles-ci au moment de la conclusion du contrat. Nous sommes de l'avis que le raisonnement d'identification du point où le droit au maintien du contrat doit céder sa place en raison de soucis liés à la protection de ces autres intérêts est en tout analogue à celui effectué au moment de l'appréciation des limites du lien du créancier au contrat dans le cadre du juste motif. Il s'agit de déterminer si, face aux circonstances du cas concret et à la lumière du principe de la bonne-foi, il est raisonnable d'exiger au débiteur, qui a manifesté sa volonté de mettre fin au contrat, de se maintenir lié à celui-ci. Dans ce jugement, il faut peser, d'un côté, l'intérêt du créancier à l'exécution et, de l'autre, l'effort d'exécution du débiteur. Cet effort n'est pas nécessairement mesurable en termes purement économiques. Il ne s'agit pas seulement d'apprécier l'alourdissement du coût financier de l'exécution de la prestation, mais aussi l'effort moral du maintien du contrat par le débiteur défaillant. Dans l'évaluation de celui-ci, il faudra prendre en considération non seulement les fondements de la déclaration de résolution injustifiée, mais aussi les effets que celle-ci ait pu avoir dans la relation entre les parties, puisque les

évènements déclenchés par celle-ci ont pu rendre le maintien du lien insoutenable.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, José João, «O Código de Trabalho e a Constituição», *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, p. 55 a 89
- ABRANTES, José João, *Direito do Trabalho. Ensaios*, Cosmos, 1995
- ADLER, Barry E., «Efficient Breach Theory Through the Looking Glass», *New York University Law Review*, n.º 83, 2008, p. 1679 a 1725
- ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Proença, 1983
- ALARCÃO, Rui de, «Invalidade dos Negócios Jurídicos», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 89, Outubro, 1959, p. 199 a 267
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, I, 10.ª ed., José Maria Bosch Editor, 1997
- ALEGRE, Carlos, *Contrato de Serviço Doméstico*, Vega, 1995
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II Conteúdo. Contratos de Troca*, 2.ª ed., Almedina, 2011
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos I Conceito. Fontes. Formação*, 4.ª ed., Almedina, 2008
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Introdução ao Direito Comparado*, Almedina, 2.ª ed., 1998
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «Recusa de Cumprimento Declarada Antes do Vencimento (Estudo de Direito Comparado e de Direito Português)», *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, 1995, p. 291 a 317
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, 1992
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982

- ALPA, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, 6.^a ed., CEDAM, 2009
- AMADO, João Leal, anotação ao acórdão de 04.05.2011, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 140, p. 258 a 264
- AMADO, João Leal, «Os efeitos do despedimento ilícito», *Revista do Ministério Público*, n.º 105, Janeiro/Março 2006, p. 17 a 44
- AMADO, João Leal, «Algumas notas sobre o despedimento *contra legem* no Código do Trabalho», *Temas Laborais*, Coimbra Editora, 2005
- AMADO, João Leal, «Despedimento ilícito e oposição patronal à reintegração: um caso de resolução judicial do contrato de trabalho?», *Temas Laborais*, Coimbra Editora, 2005
- AMADO, João Leal, *Vinculação versus Liberdade. O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, 2002
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 3.^a ed., Arménio Amado, 1978
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., com a colaboração de Rui de Alarcão, Petrony, 1966
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em especial, Negócio Jurídico*, vol. II, 7.^a reimp. da edição de 1960, Almedina, 1992
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 2.^a reimp. da edição de 2009, Almedina, 2012
- ASCENSÃO, José de Oliveira, «Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, n.º 3, p. 625 a 648
- ASCENSÃO, José de Oliveira, «Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em curso», *Themis*, 2005, p. 105 a 130
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil*, III, Coimbra Editora, 2002
- ATYIAH, P.S., *Essays on Contract*, Clarendon Press, 1996
- ATYIAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5.^a ed., Clarendon Press, 1995

- ATIYAH, P.S., *Promises, morals, and law*, Clarendon Press, 1981
- AULETTA, G.G., *La Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè, 1942
- AUSTIN, J. L., *How to do things with words*, 2.^a ed., Oxford University Press, 1976
- AUWETER, Brigitte, *Die Antizipierte Erfüllungserweigerung im Amerikanischen und Deutschen Kaufrecht*, Copy Shop, 1984
- AYNES, Laurent, «Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives», *Droit et Patrimoine*, n.º 126, Maio 2004, p. 64 e ss.
- AYNES, Laurent, «Le droit de rompre unilatéralement le contrat: principe, limites», *Revue des Contrats*, n.º 2, Abril de 2004, p. 273 e ss.
- BALLANTINE, Henry Winthrop, «Anticipatory Breach and the enforcement of contractual duties», *Michigan Law Review*, n.º. 22, 1924, p. 329 a 352
- BAMBERGER, Heinz, e ROTH, Herbert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, 2.^a ed., C.H. Beck, 2007
- BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lex, 1994
- BARBOSA, Paula, *Da ilicitude do despedimento por justa causa e suas consequências legais*, A.A.F.D.L., 2007
- BASEDOW, Jürgen, «Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG», *International Review of Law and Economics*, n.º 25, 2005, p. 487 a 500
- BATTIFOL, H., «La crise du contrat et sa portée», *Archives de philosophie du droit. Sur les notions de contrat*, vol. I, Dalloz, 1968, p. 13 a 30
- BEALE, Hugh, «The Future of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 3, p. 257 a 276
- BEALE, Hugh, BISHOP, W.D., FURMSTON, M.P., *Contract. Cases and Materials*, 3.^a ed., Butterworths, 1995
- BEALE, Hugh, *Remedies for Breach of Contract*, Sweet&Maxwell, 1980

- BECKMANN**, Von Heiner, «*Rechtswirkungen eines unberechtigten Rücktritts von einem Liefervertrag und Auswirkungen auf den Leasingvertrag*», *Wertpapier – Mitteilungen*, 2006, p. 952 a 958
- BENNETT**, Geoffrey, e **UPEX**, Robert, *Davies on Contract*, 9.^a ed., Sweet & Maxwell, 2004
- BESSONE**, Mario, *Adempimento e Rischio Contrattuale*, Giuffrè, 1975
- BIANCA**, C. Massimo, «La Risoluzione del Contratto per Inadempimento: Riflessioni sul Confronto tra Diritto Italiano e Convenzione di Vienna», *Scritti in Onore di Anglo Falzea*, vol. II, tomo 1, Giuffrè, 1991, p. 115 a 125
- BIRDS**, John, **BRADGATE**, Robert, e **VILLIERS**, Charlotte, *Termination of Contracts*, Wiley Chancery, 1995
- BIRMINGHAM**, R., «Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency», *Rutgers Law Review*, 24, 1970, p. 273 a 284
- BLACK**, Henry Campbell, *A Treatise on the Rescission of Contracts and Cancellation of Written Instruments*, 2.^a ed., vol. I, II e III, Vernon Law Book Company, 1929
- BOSELLI**, Aldo, *La Risoluzione del Contratto per Eccessiva Onerosità*, UTET, 1952
- BÖSS**, Heinrich, *Die Erfüllungserweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit*, Schön-Druck, 1939
- BOTELHO**, João, *Contrato de Agência: notas de jurisprudência*, Petrony, 2010
- BRADGATE**, Robert, «Termination for breach», *Termination of Contracts*, org. **BIRDS**, John, **BRADGATE**, Robert, e **VILLIERS**, Charlotte, Wiley Chancery, 1995, p. 17 a 50
- BRAGA**, Armando, *Contrato de Compra e Venda (Estudo Prático)*, com a colaboração de Isabel Nogueira, Porto Editora, 1990
- BRIDGE**, Michael G., «Issues arising under articles 64, 72 and 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *Journal of Law and Commerce*, vol. 25, n.º 1, Outono de 2005, p. 405 a 421

- BRIDGE**, Michael G., «Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss», *Law Quarterly Review*, n.º 105, Julho de 1989, p. 398 a 423
- BRITO**, Maria Helena, *O Contrato de Concessão Comercial. Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Almedina, 1990
- BRITO**, Maria Helena, «O Contrato de agência», *Separata de Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, 1988
- BURROWS**, Andrew, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2004
- CAMPOS**, Diogo Leite de, *A Locação Financeira (Estudo Preparatório de Uma Reforma Legislativa)*, Lex, 1994
- CANARIS**, Claus-Wilhelm, «Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB», *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2008, p. 3 a 22
- CANARIS**, Claus-Wilhelm, «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *Juristenzeitung*, n.º 10, Maio de 2001, p. 499 a 528
- CANARIS**, Claus-Wilhelm, «Ansprüche wegen “positiver Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen», *Juristenzeitung*, n.º 15/16, Agosto de 1965, p. 475 a 482
- CANCINO**, Francisco Cuevas, *La Nullité des Actes Juridiques*, Wilson et Lafleur, 1950
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes, e **LEITE**, Jorge, «A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos», *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1988
- CARBONNIER**, Jean, *Flexible Droit – Pour une Sociologie du Droit Sans Rigueur*, 7.ª ed., L.G.D.J., 1992
- CARTER**, J. W., «White and Carter v McGregor – how unreasonable?», *Law Quarterly Review*, n.º 128, Outubro de 2012, p. 490 a 493
- CARTER**, J. W., «Discharge as the basis for termination for breach of contract», *Law Quarterly Review*, n.º 128, Abril de 2012, p. 283 a 302

- CARTER, J. W., PHANG, A. e, PHANG, S.-Y., «Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests», *Journal of Contract Law*, vol. 15, n.º 1, Setembro de 1999, p. 97 a 132
- CARTER, J. W., *Breach of Contract*, The law Book Company Limited, 1984
- CARTER, John, «The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach», *Modern Law Review*, n.º 47, Julho de 1984, p. 422 a 436
- CASELLA, Giovanni, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, UTET, 2001
- CASSIN, René, «Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats par inexécution», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 43, 1945, p. 159 a 183
- CASTRO, Aníbal de, *A caducidade: na doutrina, na lei e na jurisprudência: caducidade resolutivea*, 2.ª ed. (act.), Petrony, 1980
- CASTRONOVO, Carlo, «La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano», *Europa e diritto privato*, vol. 3, 1999, Giuffrè, p. 793 a 842
- CATAUDELLA, Antonino, «Il Concetto di Nullità del Contratto ed il Suo Permanente Vigore», *Studi in Onore di Nicolò Lipari*, vol. I, Giuffrè, 2008, p. 407 a 415
- CHAVES, Marianna, «Contratos internacionais de compra e venda de mercadorias: efeitos do incumprimento à luz dos ordenamentos brasileiro e português e da convenção das nações unidas sobre a venda internacional de mercadorias», *Estudos sobre Incumprimento do Contrato*, coordenação de Maria Olinda Garcia, 2011, Coimbra Editora, p. 157 a 194
- CHITTY, Joseph, *Chitty on Contracts, volume I, General Principles*, 29.ª ed., por Hugh Beale, Sweet&Maxwell, 2004
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Inexécution et Faute contractuelle en Droit Comparé (Droits Français, Allemand, Anglais)*, W. Kohlammer Verlag, 1960
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, Rousseau & C^{te}, Éditeurs, 1940

- CONTE, Giuseppe, «L'Uniformazione della Disciplina Giuridica della Risoluzione per Inadempimento e, In Particolare, Dell'Anticipatory Breach dei Contratti», *Europa e diritto privato*, Giuffrè, 1998, p. 463 a 492
- COOTE, Brian, «Breach, Anticipatory Breach or the Breach Anticipated», *Law Quarterly Review*, n.º 123, Outubro de 2007, p. 503 a 511
- CORBIN, Arthur L., *Corbin on Contracts – One Volume Edition*, Hornbook, 1952
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, I, 4.ª ed. (reformulada e act.)*, 2012
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, tomo IV, Almedina, 2010
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, tomo I, Almedina, 2009
- CORDEIRO, António Menezes, «A declaração de não-cumprimento da obrigação», *O Direito*, ano 138, I, 2006, p. 25 a 38
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, tomo I, 3.ª reimp. da 3.ª ed. de Março/2005 (aumentada e inteiramente revista), Almedina, 2011
- CORDEIRO, António Menezes, «O novo regime do arrendamento urbano», *O Direito*, ano 137, II, 2005, p. 317 a 336
- CORDEIRO, António Menezes, «Justas causas de despedimento», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. II, Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação Pedro Romano Martínez, Almedina, 2001, p. 7 a 14
- CORDEIRO, António Menezes, «Cumprimento Imperfeito do Contrato de Compra e Venda. A compensação entre Direitos Líquidos e Ilíquidos. A excepção do contrato não cumprido», *Colectânea de Jurisprudência, Ano XII*, 1987, tomo IV

- CORDEIRO, António Menezes, «A “Impossibilidade Moral”: Do Tratamento Iguatário no Cumprimento das Obrigações», *Estudos de Direito Civil*, 2.^a reimp. da edição de 1987, Almedina, 1994
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 4.^a reimp. da edição de 1984, Almedina, 2011
- CORDEIRO, António Menezes, «Violação Positiva do Contrato», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1981, p. 128 a 152
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, II, reimp. da edição de 1980, AAFDL, 1988
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, I, reimp. da edição de 1978/79, AAFDL, 1986
- COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2009
- COUTINHO, Leonor, e SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Arrendamento Urbano 2006. Nova Lei e Legislação Complementar Anotadas*, 2.^a ed., Almedina, 2007
- CRISTAS, Assunção, «É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?», *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Almedina, 2008, p. 53 a 79
- CROS, Marie-Louise, «Les contrats à exécution échelonnée», *Recueil Dalloz Sirey*, n.º 9, Chronique, Março de 1989, p. 49 a 54
- CRUZ, Pedro Pinto, *A Justa Causa de Despedimento na Jurisprudência*, Almedina, 1990
- DAVID, René, e JAUFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11.^a ed., Éditions Dalloz, 2002
- DAWSON, Francis, «Metaphors and Anticipatory Breach of Contract», *The Cambridge Law Journal*, vol. 40, n.º 21, Abril de 1981, p. 83 a 107
- DELEBECQUE, Philippe, «Le droit de rupture unilatérale du contrat: genèse et nature», *Droit et Patrimoine*, n.º 126, Maio de 2004, p. 56 e ss.

- DELFORGE, Catherine, «L'unitéralisme et la fin du contrat», *La fin du contrat*, Dezembro de 2001, n.º 51, vol. 1, org. Patrick Wery, Larcier, p. 77 a 159
- DENOYER, Dena, «Remedying Anticipatory Breach - Past, Present, and Future?», *Southern Methodist University Law Review*, n.º 52, 1999, p. 1787 a 1816
- DEVOTO, L., *L'obbligazione a esecuzione continuata*, CEDAM, 1943
- DI MEO, M., «Il contenuto della clausola risolutiva espressa», *La clausola risolutiva espressa*, org. Olga Barone, 1994, p. 1 a 18
- DIAS, José Rosendo, *Responsabilidade Civil do Construtor e do Vendedor pelos Defeitos*, Petrony, 1984
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.ª ed, Thomson- Civitas, 2008
- DÍEZ-PICAZO, Luis e GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed, (rev. e act.), Tecnos, 1995
- DOBBS, Dan B., *Law of Remedies. Damages – Equity –Restitution*, 2.ª ed., West Publishing, 1993
- DRAY, Guilherme Machado, «Justa causa e esfera privada», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação de Pedro Romano Martínez, Almedina, 2001, p. 15 a 91
- DUARTE, Rui Pinto, «A Denunciabilidade das Obrigações Contratuais Duradouras Propter Rem», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2010, p. 273 a 297
- DUARTE, Rui Pinto, «O contrato de locação financeira. Uma síntese», *Themis*, ano X, n.º 19, 2010, p. 135 a 194
- DUARTE, Rui Pinto, «A cessação da relação de arrendamento urbano no NRAU», *Themis*, ano IX, 2008, n.º 15, p. 45 a 74
- DUARTE, Rui Pinto, «Uma introdução ao Direito Comparado», *O Direito*, ano 138, IV, 2006, p. 769 a 792

- DUARTE, Rui Pinto, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, Principia, 2001
- DUARTE, Rui Pinto, «A jurisprudência Portuguesa sobre Leasing – Algumas Observações», *Themis*, ano I, n.º 1, 2000, p. 181 a 188
- DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, 2000
- EBKE, Werner F., e FINKIN, Matthew W., *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 1996
- ECHEVERRÍA, Jesús Delgado, «El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado: notas de teoría y dogmática», *Anuario de derecho civil*, vol. 58, n.º 1, Janeiro-Março 2005, p. 9 a 74
- EISENBERG, Melvin A., «Why is there no law of relational contracts?», *Northwestern University Law Review*, n.º 94, Primavera de 2000, p. 805 a 821
- EMMERICH, Volker, *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, 1997
- ENNECCERUS, Ludwig, e Lehmann, Heinrich, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. II, 3.ª ed., Bosch, 1966
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª ed., Almedina, 2012
- FARIA, João Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, I, reimp. da edição de 1990, Almedina, 2003
- FARIA, João Leite Areias Ribeiro de, «A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato. Novamente a questão», *Estudos em Comemoração dos Cincos Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001, p. 11 a 62
- FARIA, João Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, II, Almedina, 1990
- FARNSWORTH, E. Allan, *Farnsworth on Contracts*, vol. II, 2ª ed., Aspen Law & Business, 1998
- FARNSWORTH, E. Allan, *Changing Your Mind*, Yale University Press, 1998
- FARRAJOTA, Joana, «Notas sobre a Reforma do Direito dos Contratos Francês», *Themis*, ano X, n.º 18, 2010, p. 209 a 223

- FARRAJOTA, Joana, «A exclusão da excepção de não cumprimento no regime das cláusulas contratuais gerais», *Sub Judice*, n.º 39, Abril/Junho de 2007, p. 69 a 89
- FELDHAHN, Peer, «Die Störung der Geschäftsgrundlage im System des reformierten Schuldrechts», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 3381 a 3383
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.ª ed., Lex, 2010
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 15.ª ed., Almedina, 2010
- FERREIRA, Fernando Amâncio, *Curso de Processo de Execução*, 12.ª ed., Almedina, 2010
- FERREIRA, José Dias, *Código Civil Portuguez- Anotado por José Dias Ferreira*, vol. III, Imprensa Nacional, 1872
- FILHO, Romeu Martins Ribeiro, «Impugnação pauliana como meio de conservação da garantia patrimonial», *Garantias das Obrigações. Publicação dos Trabalhos de Mestrado*, coordenação Jorge Ferreira Sinde Monteiro, Almedina, 2007, p. 451 a 489
- FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004
- FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção, Separata do volume XXXVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994
- FRAGALI, M. «La dichiarazione anticipata di non volere adempiere», *Rivista del Diritto Commerciale*, Julho/Agosto de 1996, I, p. 243 a 261
- FREITAS, José Lebre de, *A Acção Executiva. Depois da reforma da reforma*, 5.ª ed. Coimbra Editora, 2009
- FREITAS, José Lebre de, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2009

- FRIED, Charles, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981
- FRIEDMANN, D. «The Efficient Breach Fallacy», *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, n.º 1, Janeiro de 1989, p. 1 a 24
- FRIEDRICH, Klaus, «Der Vertragsbruch», *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 178, Outubro de 1978
- FROHBERG, Gehrard, *Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung - Tatbestand und Rechtsfolgen*, S.I., 1979
- FURMSTON, M.P., *Cheshire, Fifoot & Furmston's law of contract*, 15.ª ed., Oxford University Press, 2007
- FURMSTON, M.P., «The Case of the Insistent Performer», *Modern Law Review*, vol. 25, p. 364 a 367
- FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto, *Manual do Arrendamento Urbano*, vol II, 5.ª ed., Almedina, 2011
- GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, CEDAM, 1983
- GARCIA, Maria Olinda, «Resolução do contrato de arrendamento por falta de pagamento de rendas – vias processuais», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24, Outubro/Dezembro de 2008, p. 65 a 74
- GARCIA, Maria Olinda, *A Acção Executiva para Entrega de Imóvel Arrendado, segundo a lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2008
- GARCIA, Maria Olinda, *A Nova Disciplina do Arrendamento Urbano. NRAU anotado de acordo com a lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro*, Coimbra Editora, 2006
- GAZZONI, Francesco, *Manuale di Diritto Privato*, 10.ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2003
- GEMAS, Laurinda, PEDROSO, Albertina, e CALDEIRA JORGE, João, *Arrendamento Urbano. Novo Regime Anotado e Legislação Complementar*, 3.ª ed., Quid Juris, 2009

- GEMAS, Laurinda, «O Novo Quadro Legal da Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano», *Revista do CEJ*, n.º 5, 2006
- GENICON, Thomas, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, L.G.D.J., 2007
- GERALDES, Sara, «A culpa do lesado», *O Direito*, n.º 141, 2009, II, p. 339 a 375
- GERNHUBER, Joachim, «Der endgültige Erfüllungsverweigerung», *Festschrift für Dieter Medicus Zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 145 a 159
- GHESTIN, Jacques, «La Résolution pour Inexécution (en droit français)», *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, org. Letizia Vacca, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 109 a 134
- GIERKE, Otto von, «Dauernde Schuldverhältnisse», *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1914
- GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., «The Mitigation Principle: Towards a General Theory of Contractual Obligation», *Virginia Law Review*, n.º 69, Setembro de 1983, p. 967 a 1024
- GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., «Principles of Relational Contracts», *Virginia Law Review*, Setembro de 1981, p. 1089 a 1150
- GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., «Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract», *The Yale Law Journal*, vol. 89, Junho de 1980, p. 1261 a 1322
- GOETZ, Charles J., e SCOTT, Robert E., «Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach», *Columbia Law Review*, n.º 77, 1977, p. 554 a 594
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho, vol I., Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007
- GOMES, Manuel Januário da Costa, «Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento. Considerações gerais», *O Direito*, ano 143, I, 2011, p. 9 a 32

- GOMES, Manuel Januário da Costa, *Contrato de Mandato*, reimp. da edição de 1990, AAFDL, 2007
- GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, 2000
- GOMES, Manuel Januário da Costa, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, 1989
- GRIDEL, Jean-Pierre, e LAITHIER, Yves-Marie, «Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux», *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n.º 21, 21 de Maio de 2008, I, p. 143 e ss.
- GRUNDMANN, Stefan, «The Structure of the DCFR», *European Review of Contract Law*, vol. 4, 2008, n.º 3, p. 225 a 247
- GRUNDMANN, Stefan, «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 2, p. 121 a 149
- GRUNDMANN, Stefan, e OCHMANN, Florian, «German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung», *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 4, p. 451 a 467
- GRUNDMANN, Stefan, «Germany and the Schuldrechtsmodernisierung», *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, n.º 1, p. 129 a 148
- GUICHARD, Raúl, PAIS, Sofia «Contrato-Promessa: resolução ilegítima e Recusa Terminante em cumprir; Mora como Fundamento de Resolução; Perda de Interesse do Credor na Prestação; Possibilidade de Desvinculação com Fundamento em Justa Causa; “Concurso de Culpas” no Incumprimento; Redução da Indemnização pelo Sinal», *Direito e Justiça*, XIV, 2000, 1, p. 316 a 333
- GULOTTA, James C. Jr., «Anticipatory Breach – A Comparative Analysis», *Tulane Law Review*, n.º 50, Maio de 1976, p. 927 a 954
- HARRIS, Donald, CAMPBELL, David e HALSON, Roger, *Remedies in Contract & Tort* 2.ª ed., Cambridge University Press, 2006

- HELLWEGE, Phillip, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, 2004
- HENRIQUES, Paulo Alberto Videira, *A desvinculação unilateral AD NUTUM nos contratos civis de sociedade e de mandato*, Coimbra Editora, 2001
- HESPANHA, António M., *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, Europa-América, 1997
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr., «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, n.º 10, Março de 1897, p. 457 a 478
- HOOLEY, Richard, «Controlling contractual discretion», *Cambridge Law Journal*, n.º 72, 2013, p. 65 a 90
- HÖRSTER, Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, reimp. da edição de 1992, Almedina, 2000
- HUBER, Ulrich, *Leistungsstörungen. Die Folgen des Schuldnerverzugs, die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, vol. II, *Handbuch des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, 1999
- HÜFFER, Uwe, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln*, Duncker & Humblot, 1976
- HYLAND, Richard, «Pacta Sunt Servanda: a Meditation», *Virginia Journal of International Law*, n.º 34, 1994, p. 405 a 433
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, de Gruyter, 2001
- JAMIN, Christophe, «L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat», *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n.º 29, 17 de Junho de 2002
- JAMIN, Christophe, «Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique?», *Les sanctions d'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, L.G.D.J., 2001, p. 451 a 512
- JANUÁRIO, Rui, e DIOGO, Luís da Costa, *Direito dos Contratos e Institutos de Direito Privado*, Quid Juris, 2007

- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *O Mandato Sem Representação*, reimp. da edição de 1961, Almedina, 2001
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, 3.^a reimp. da edição de 1968, Almedina, 1999
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Lições de Direito das Obrigações*, I, ed. pol., AAFDL, 1966-1967
- KEITH, Arthur B., *Elements of the Law of Contracts*, Oxford University Press, 1931
- KOHLER, Jürgen, «Das Rücktrittsrecht in der Reform», *Juristenzeitung*, n.º 56, 7, Março de 2001, p. 325 a 337
- KULLMANN, Jérôme, «La sanction d'une résiliation licite», *Revue Générale du Droit des Assurances*, n.º 4, Outubro de 2000, p. 975 e ss.
- LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve, *La Pérennité Contractuelle*, L.G.D.J., 2005
- LAITHIER, Yves-Marie, e GRIDEL, Jean-Pierre, «Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux», *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n.º 21, 21 de Maio de 2008, I, p. 143 e ss.
- LAITHIER, Yves-Marie, *Étude Comparative des Sanctions de l'Inexécution du Contrat*, L.G.D.J., 2004
- LANDO, Ole, «The Structure and the Legal values of the Common Frame of Reference (CFR)», *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2007, n.º 3, p. 245 a 256
- LARENZ, Karl, WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., C.H. Beck, 2012
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed., trad. de José Lamego da 6.^a ed. reformulada de 1991, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997
- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., C.H. Beck, 1987
- LEITÃO, Adelaide Menezes, «"Revogação Unilateral" do Mandato, Pós-Eficácia e Responsabilidade pela Confiança», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, I Volume, Direito Privado e Vária*, org. António

- Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Almedina, 2002, p. 305 a 346
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Arrendamento Urbano*, 5.^a ed., Almedina, 2012
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6.^a ed., Almedina, 2012
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 4.^a ed., Almedina, 2012
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 3.^a ed., Almedina, 2012
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, vol. II – Transmissão e Extinção das Obrigações; Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 8.^a ed., Almedina, 2011
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, vol. III – Contratos em Especial*, 7.^a ed., Almedina, 2010
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, vol. I – Introdução da Constituição das Obrigações*, 9.^a ed., Almedina, 2010
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Arrendamento Urbano*, 4.^a ed., Almedina, 2010
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 2.^a ed., Almedina, 2009
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*, Almedina, 2006
- LEITE, Jorge, e ALMEIDA, F. Jorge Coutinho de, *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985
- LESER, Hans G., *Der Rücktritt vom Vertrag*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1975
- LESER, Hans G., «Die Erfüllungsverweigerung», *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag Geburtstag am 5.Juli 1969*, II, Mohr, 1969, p. 643 a 658

- LESSER, Martin, *Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen*, M.&H. Marcus, 1906
- LEVY, Jean, *La Résolution de Plein Droit des Contrats*, P.U.F., 1931
- LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume II (artigos 762.º a 1250.º)*, 4.ª ed. (rev. e act.), Coimbra Editora, 1997
- LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I (artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª ed. (rev. e act.), Coimbra Editora, 1987
- LIU, Qiao, «Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract», *Cambridge Law Journal*, n.º 66, Novembro de 2007, p. 57 a 604
- MACAULAY, Steward, «Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein», *Northwestern University Law Review*, n.º 94, Primavera de 2000, p. 775 a 802
- MACHADO, João Baptista, «Pressupostos da resolução por incumprimento», *Obra Dispersa*, vol I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 125 a 193
- MACHADO, João Baptista, «A resolução por incumprimento e a indemnização», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 195 a 213
- MACHADO, João Baptista, «Risco Contratual e Mora do Credor», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 257 a 343
- MACHADO, João Baptista, «Tutela da Confiança e “*venire contra factum proprium*»», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 345 a 423
- MACHADO, João Baptista, «A Cláusula do Razoável», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 457 a 621
- MACHADO, João Baptista, «Do Princípio da Liberdade Contratual - Anotação», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 623 a 646
- MACHADO, João Baptista, «Parecer sobre a Denúncia e Direito de Resolução do Contrato de Locação de Estabelecimento Comercial», *Obra Dispersa*, vol. I, *Scientia Juridica*, 1991, p. 661 e s.

- MACHADO, João Baptista, anotação ao acórdão de 08.11.1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 271 a 282
- MACHADO, João Baptista, «Acordo Negocial e Erro na Venda de Coisas Defeituosas», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 215, 1972, p. 5 a 95
- MACNEIL, Ian R., «Relational Contract Theory: Challenges and Queries», *Northwestern University Law Review*, n.º 94, 2000, p. 877 a 907
- MACNEIL, Ian R., «Relational Contract: What We Do and Do Not Know», *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483 a 525
- MACNEIL, Ian R., «Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky», *Virginia Law Review*, n.º 68, Maio de 1982, p. 947 a 969
- MACNEIL, Ian R., «Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law», *Northwestern University Law Review*, n.º 72, 1978, p. 854 a 905
- MAGALHÃES, David, *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, 2009
- MAIA, José M. Barbosa dos Reis, *Direito Geral das Obrigações. Parte I. Das Obrigações em Geral e dos Contratos*, Companhia Editora do Minho, 1926
- MALAUURIE, Philippe, «Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats», *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n.º 44, 29 de Outubro de 2008, I, p. 204 e ss.
- MALAUURIE, Philippe, AYNES, Laurent, e STOFFEL-MUNCK, Phillipe, *Les Obligations*, 3.ª ed., Défrenois, 2007
- MARAIS, Astrid, «Le maintien forcé du contrat par le juge», *Petites Affiches*, n.º 197, Outubro de 2002, p. 7 e ss.
- MARQUES, J. Dias, *Noções Elementares de Direito Civil*, 4.ª ed., Petrony, 1970
- MARQUES, J. Dias, *Teoria Geral da Caducidade*, Empresa Nacional de Publicidade, 1953
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 5.ª ed., Almedina, 2010
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Da Cessação do Contrato*, 2.ª ed., Almedina, 2006

- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Apontamentos sobre a Cessação do Contrato de Trabalho à luz do Código do Trabalho*, 1.^a reimp. da edição de 2004, AAFDL, 2005
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, «*Celebração e execução do contrato de arrendamento segundo o Novo Regime do Arrendamento Urbano*», *O Direito*, ano 137, II, 2005, p. 337 a 357
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Cessação do Contrato de Trabalho; Aspectos Gerais*, separata dos *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. III, Almedina, 2002
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, «*Incumprimento contratual e justa causa de despedimento*», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação Pedro Romano Martinez, Almedina, 2001, p. 93 a 118
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Cumprimento Defeituoso – Em especial na compra e venda e na empreitada*, Almedina, 2001
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos. Compra e venda, Locação, Empreitada*, 2.^a ed., Almedina, 2001
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho, II vol., Contrato de Trabalho*, 2.^o tomo, 3.^a ed., Pedro Ferreira, 1999
- MARTÍNEZ, Pedro Romano, *Contratos em Especial*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, 1996
- MARTINI, Angelo, *De L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Giuffré, 1950
- MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência*, 2.^a ed., Almedina, 2011
- MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.^a ed. (rev. e act. segundo o Código do Trabalho de 2012), Principia, 2012
- MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2.^a ed. (rev. e act.), Principia, 2002

- MARTINS, Pedro Furtado, «Despedimento ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efetiva. Contributos para o Estudo da Declaração da Invalidez do Despedimento», suplemento do *Direito e Justiça*, 1992
- MATTHEUS, Daniela, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts», *Juristische Schulung*, 2002, n.º 3, p. 209 a 219
- MAZEAUD, D., «La réforme du droit français des contrats», *La Revue Juridique Thémis*, vol. 44, n.º 1, 2010, p. 243 a 257
- MAZEAUD, D., «Rupture unilatérale du contrat: la Cour de cassation veille au grain...», *Revue des Contrats*, n.º 2, Abril de 2004, p. 273 e ss.
- MAZEAUD, D., «Constats sur le contrat, sa vie, son droit», *Petites Affiches*, n.º 54, Maio de 1998, p. 8 a 13
- MCGREGOR, Harvey, *Contract Code. Drawn Up on Behalf of the English Law Commission*, Giuffrè, Sweet&Maxwell, 1993
- MCKENDRICK, Ewan, *Contract Law*, 7.^a ed., Palgrave Macmillan, 2007
- MCKENDRICK, Ewan, «The regulation of long-term contracts in English Law», *Good faith and fault in practice law*, org. Beatson, Jack and Friedman Daniel, Oxford Clarendon Press, 1995, p. 305 a 333
- MEDICUS, Dieter, «Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht», *Juristische Schulung*, 2003, n.º 6, p. 521 a 528
- MENETREZ, Frank, «Consequentialism, Promissory Obligation, and the Theory of Efficient Breach», *UCLA Law Review*, n.º 47, Fevereiro de 2000, p. 859 a 885
- MEORO, Mario Clemente, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, 1998
- MEORO, Mario Clemente, *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del derecho inglés y del derecho español)*, Tirant Lo Blanch, 1992

- MESTRE, Jacques, «Rupture abusive et maintien du contrat», *Revue des Contrats*, n.º 1, Janeiro de 2005, p. 99 e ss.
- MILIKOWSKY, Matthew, «A not intractable problem: reasonable certainty, tractebel, and the problem of damages for anticipatory breach of a long-term contract in a thin market», *Columbia Law Review*, n.º 108, 2008, p. 452 a 493
- MILL, John Stuart, «Utilitarianism», *Utilitarianism and Other Essays*, Penguin Classics, 1987, p. 272 a 338
- MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil – Parte geral*, 4.ª ed. (rev.), Almedina, 1995
- MONTEIRO, António Pinto, *Contrato de Agência. Anotação*, 7.ª ed. act., Almedina, 2010
- MONTEIRO, António Pinto, *Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial*, 3.ª reimp. da edição de 2001, Almedina, 2009
- MONTEIRO, António Pinto, e VIDEIRA HENRIQUES, Paulo, «A cessação do contrato no Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos», *O Direito*, n.º 136, II e III, 2004, p. 289 a 313
- MONTEIRO, António Pinto, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra Editora, 1998
- MONTEIRO, António Pinto, anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.06.1995, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 130, p. 119 a 128
- MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, Separata do volume XXVIII do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1985
- MONTEIRO, João António Pinto, «O Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos sob uma perspectiva de Direito comparado», *O Direito*, n.º 136, II e III, 2004, p. 407 a 448

- MORAIS, Fernando de Gravato, *Falta de Pagamento da Renda no Arrendamento Urbano*, Almedina, 2010
- MORAIS, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa em Geral. Contratos-Promessa em Especial*, Almedina, 2009
- MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Almedina, 2008
- MOREIRA, Guilherme, *Instituições do Direito Civil Português, II, Das Obrigações*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 1925
- MOREIRA, Guilherme, *Instituições do Direito Civil Português, I*, Universidade de Coimbra, 1907
- MORISON, Charles Bruce, *Rescission of Contracts. A Treatise on the Principles Governing the Rescission, Discharge, Avoidance and Dissolution of Contracts*, Steven & Haynes, 1916
- MUNAGORRI, Rafael Encinas de, *L'Acte Unilatéral dans les Rapports Contractuels*, L.G.D.J., 1996
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil. §241-432*, 5.^a ed., org. Wolfgang Krüger, C.H. Beck, 2007
- MURARO, Giovanni, «L'inadempimento prima del termine», *Rivista di Diritto Civile*, 1975, I, p. 248 a 301
- MUSTILL, Michael, «Anticipatory Breach», *Butterworth Lectures 1989-90*, Butterworth & Co., 1990
- MUTHERS, Christof, *Der Rücktritt vom Vertrag. Eine Untersuchung zur Konzeption der Vertragsaufhebung nach der Schuldrechtsreform*, Nomos, 2008
- NASCIMENTO, Ricardo, *Da cessação do contrato de trabalho: em especial por iniciativa do trabalhador*, Coimbra Editora, 2008
- NATOLI, Ugo, *L'Attuazione Del Rapporto Obbligatorio. Appunti delle Lezioni*, I, 2.^a ed., Giuffrè, 1966
- NETO, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, 23.^a ed. act., Ediforum, 2011
- NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17.^a ed. rev. e act., Ediforum, 2010

- NETO, Francisco dos Santos Amaral, «A Autonomia Privada como princípio fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas estrutural e funcional», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1989, p. 5 a 41
- NICOLÒ, R., «Adempimento», *Enciclopedia del Diritto*, I, Giuffrè, 1958, p. 554 e ss.
- NIENABER, P. M. «The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy», *The Cambridge Law Journal*, vol. 20, n.º 2, Julho 1962, p. 213 a 233
- NUNES, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2012
- OETKER, Hartmut, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*, J.C.B. Mohr (Siebeck), 1994
- OGUS, Anthony, «Remedies. English Report», *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, org. Donald Harris e Denis Tallon, Clarendon Press, 1989, p. 243 a 263
- OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *A Resolução do Contrato no Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU): Causas de Resolução e Questões Conexas (em especial a cláusula geral resolutiva do n.º 2 do artigo 1083º do CC)*, Almedina, 2007
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, «“Com mais irreflexão que culpa?” O debate sobre o regime da recusa de cumprimento do contrato-promessa», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36, Outubro/Dezembro de 2011, p. 3 a 21.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Almedina, 2011
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Estudos Sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2ª ed., Almedina, 2009
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, «The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective

of a Portuguese Lawyer», vol. 11.4, *Electronic Journal of Comparative Law*,
Dezembro 2007, <http://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, «Resolução do Contrato de Arrendamento»,
Scientia Jurídica, vol. I, n.º 308, 2006, p. 645 a 659

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, «Inexigibilidade Judicial do Cumprimento de
Deveres Acessórios de Conduta?», *Scientia Jurídica*, n.º 293, 2002, p. 294 a
303

O'SULLIVAN, Dominic, ELLIOTT, Steven, e ZAKRZEWSKI, Rafal, *The Law of
Rescission*, Oxford University Press, 2008

OTTO, Hansjörg, «Die Grundstrukturen des neuen Leistungstörungsrechts»,
Jura, n.º 1, 2002, p. 1 a 11

PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64.ª ed., C.H. Beck, 2005

PANCRAZI-TIAN, M.E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, P.U.A.M., 1996

PARRY, David Hughes, *The Sanctity of Contracts in English Law*, Stevens & Sons
Limited, 1959

PICARD, Maurice, e PRUDHOMME, André, «De la résolution judiciaire pour
inexécution des obligations», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 11, 1912,
p. 61 a 109

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, reimp. da 4.ª edição
de 2005, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra
Editora, 2012

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, reimp. da edição de
1970, Almedina, 1982

PINTO, Carlos Alberto da Mota, e SILVA, João Calvão da, «Garantia de Bom
Funcionamento e Vícios do Produto. Responsabilidade do Produtor e do
Distribuidor», *Colectânea de Jurisprudência*, X, 1985, tomo III, p. 17 a 29

PINTO, Paulo Mota, anotação aos acórdãos de 12.02.2009 e 12.10.2010, *Revista de
Legislação e Jurisprudência*, ano 140, p. 315 a 323

- PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. I e II, Coimbra Editora, 2009
- PINTO, Paulo Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, 1995
- POSNER, Richard A., «Let us never blame a contract breaker», *Michigan Law Review*, n.º 107, Junho de 2009, p. 1349 a 1363
- POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 6.ª ed., Aspen Publishers, 2003
- POTHIER, R.J., *Traité des Obligations*, vol. I e II, reimp. da edição de 1825, Banchs Editor, 1974
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 5.ª ed., Almedina, 2008
- PRATA, Ana, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, reimp. da edição de 1985, Almedina, 2005
- PRINCIGALLI, Anna Maria, «La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere», *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, Milella, Janeiro/Setembro de 1970, p. 242 a 270
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Resolução do Contrato no Direito Civil – Do Enquadramento e Do Regime*, reimp. da edição de 1982, Coimbra Editora, 2006
- PROENÇA, José Carlos Brandão, «A hipótese da declaração (*lato sensu*) antecipada de incumprimento por parte do devedor», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, 2003, p. 359 a 401
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Almedina, 1997
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *Do incumprimento do contrato de promessa bilateral: a dualidade: execução específica – resolução*, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987
- PROSPERETTI, Marco, *Contributo alla Teoria dell'Annullabilità*, Giuffrè, 1973

- PUTORTÌ, Vincenzo, *Inadempimento e Risoluzione Anticipata del Contratto*, Giuffrè, 2008
- RABEL, Ernst, *Das Rechts des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, de Gruyter, 1936
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, 3.^a ed. (rev. e act. ao Código de Trabalho de 2009), Almedina, 2010
- RAMMIN, Klaus, «Wechselwirkungen bei den Voraussetzungen der gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsrechte nach allgemeinem Schuldrecht (§314, 323, 324 BGB)», *Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht*, 2003, n.º 3, p. 113 a 118
- REGO, Margarida Lima, *No Right to Perform a Contract?*, *Themis*, 2006
- REI, Raquel, *A Justa Causa para a Revogação do Contrato de Mandato*, 1994
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «O Novo Regime do Arrendamento Urbano: contributos para uma análise», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 14, Abril/Junho de 2006, p. 3 a 24
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999
- RIBEIRO, Vítor Carreto, *Impugnação pauliana: da fuga do devedor à justiça*, Bigi Bold, 2005
- ROMANO, F., «Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine», *Rivista di Diritto Civile*, 1965, II, p. 607 e ss.
- ROPPO, Enzo, *O Contrato*, trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, 1988
- ROUHETTE, Georges, «The Obligatory Force of Contract in French Law», *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, org. Donald Harris e Denis Tallon, Clarendon Press, 1989, p. 38 a 80
- ROWLEY, Keith A., «A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law», *University of Cincinnati Law Review*, n.º 69, 2001, p. 565 a 639

- SÁ, Fernando Augusto Cunha de, e COUTINHO, Leonor, *Arrendamento Urbano 2006. Nova Lei e Legislação Complementar Anotadas*, 2.^a ed., Almedina, 2007
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de, «Direito ao cumprimento e direito a cumprir», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XX, 1997, n.ºs 2, 3 e 4, p. 149 a 259
- SACCO, Rodolfo, «Risoluzione per inadempimento», *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, XVIII, UTET, 2004, reimp., p. 56 a 65
- SACCO, Rodolfo, «I Rimedi Sinallagmatici», *Trattato do Diritto Privato-Obbligazioni e Contratti*, II, org. Pietro Rescigno, 2.^a ed., UTET, 1995, p. 597 e ss.
- SAGUES, N.,M., *La rupture unilatérale des contrats*, L.G.D.J., 1937
- SALEILLES, R., «De l'abus de droit. Rapport présenté à la première Sous-Commission de la Commission de révision du Code civil», *Extrait du Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1905
- SANTOS JÚNIOR, E., «“Mitigation of Damages”, Redução de Danos pela Parte Lesada e “Culpa do Lesado”», *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles : 90 anos*, org. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Almedina, 2007, p. 349 a 367
- SAVIGNY, Karl von, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, reimp. da edição de 1851-1853, Scientia Verlagen Aalen, 1987
- SCALISE, Ronad J. Jr., «Why no “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract», *American Journal of Comparative Law*, 55, Outono de 2007, p. 721 a 766
- SCHERNER, Karl Otto, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, Franz Steiner Verlag GMBH, 1965
- SCHULZE, Reiner, e WILHELMSSON, Thomas, «From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules», *European Review of Contract Law*, vol. 4, 2008, n.º 2, p. 154 e ss.

- SCHULZE, Walter, *Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Eine Beitrag zu Lehre von den positive Vertragsverletzungen*, Risse Verlag, 1934
- SCHWARZE, Roland, *Das Recht der Leistungsstörungen*, DeGruyer Recht, 2008
- SCOTT, Robert E., e LESLIE, Douglas L., *Contract Law and Theory*, The Michie Company, 1988
- SERRA, Adriano Vaz, anotação ao acórdão de 04.05.1971, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105, p. 168 a 171
- SERRA, Adriano Vaz, anotação ao acórdão de 27.10.1970, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 104, p. 211 a 215
- SERRA, Adriano Vaz, anotação ao acórdão de 03.05.1968, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102, p. 165 a 170
- SERRA, Adriano Vaz, anotação ao acórdão de 05.12.1967, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 101, p. 259 a 266
- SERRA, Adriano Vaz, «Perfeição da declaração de vontade – Eficácia da emissão da Declaração – Requisitos especiais da conclusão do contrato», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 103, Fevereiro, 1961, p. 5 a 153
- SERRA, Adriano Vaz, «Anteprojecto», *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, 1960
- SERRA, Adriano Vaz, «Conculpabilidade do prejudicado», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 86, Maio, 1959, p. 131 a 175
- SERRA, Adriano Vaz, «Objecto da Obrigação. A Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74, Março de 1958, p. 15 a 283
- SERRA, Adriano Vaz, «Resolução do Contrato», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, Julho de 1957, p. 152 a 289
- SERRA, Adriano Vaz, «Mora do Devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 48, Julho de 1955, p. 5 a 317

- SERRA, Adriano Vaz, «Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 47, Julho de 1955, p. 5 a 97
- SERRA, Adriano Vaz, «Impossibilidade Superveniente por Causa Não-Imputável ao Devedor e Desaparecimento do Interesse do Credor», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 46, Janeiro de 1955, p. 5 a 152
- SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência*, 4.ª ed, Almedina, 2010
- SERRA, Catarina, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra Editora, 2009
- SILVA, Filipe Fraústo da, «Serviço doméstico, intimidade e despedimento», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLII, 2001, n.ºs 3 e 4, p. 227 a 311
- SILVA, João Calvão da, *Sinal e Contrato Promessa*, 13.ª ed. (rev. e aumentada), Almedina, 2010
- SILVA, João Calvão da, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Almedina, 2007
- SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas. Conformidade e Segurança*, Almedina, 2001
- SILVA, João Calvão da, «A Declaração da Intenção de não cumprir», *Estudos de direito civil e processo civil: Pareceres*, Almedina, 1999, p. 137 a 161
- SILVA, João Calvão da, «Pressupostos da resolução por incumprimento», *Estudos de direito civil e processo civil: Pareceres*, Almedina, 1999, p. 145 a 161
- SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, 1990
- SILVA, Manuel Gomes da, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, I, Tipografia Ramos, 1944
- SILVA, Manuel Gomes da, *Conceito e estrutura da obrigação*, Tipografia Ramos de Ramos, Afonso & Moita, lda., 1943
- SIMLER, Philippe, *La Nullité Partielle des Actes Juridiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris, 196

- SIMPSON, Laurence P., *Handbook of the Law of Contracts*, 2.^a ed., West Publishing Co., 1965
- SOARES, Maria Ângela Bento e RAMOS, Rui Manuel Moura, *Contratos Internacionais – Compra e Venda; Cláusulas Penais; Arbitragem*, Almedina, 1995
- SPEIDEL, Richard E., «The characteristics and challenges of relational contracts», *Northwestern University Law Review*, n.º 94, Primavera de 2000, p. 823 a 846
- STAUB, Hermann, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 2.^a ed., Eberhard, 1913
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, «Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale», *Droit et Patrimoine*, n.º 126, Maio de 2004, p. 70 a 77
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, «Exécution et inexécution du contrat», *Revue des Contrats*, n.º 1, 2009, p. 333 a 348
- STOLL, Heinrich, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 136, 1932, p. 257 a 320
- SOUSA, Gabriela Mesquita, «Impossibilidade de cumprimento da obrigação: as alterações do regime alemão e as normas do Código Civil Português», *Estudos sobre Incumprimento do Contrato*, coordenação de Maria Olinda Garcia, 2011, Coimbra Editora, p. 105 a 130
- SOUSA, Miguel Teixeira de, «Sobre a Linguagem Performativa da Teoria Pura do Direito», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, n.º 2, p. 433 a 447
- SOUSA, Rui Correia de, *Impugnação Pauliana (colectânea de sumários de jurisprudência)*, Quid Juris, 2002
- SPALAROSSA, M. R., «La Risoluzione del Contrato per Inadempimento», *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, Maio/Junho de 1989, n.º 3, p. 161 a 205
- STOLL, Heinrich, *Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 136, 1932, p. 257 a 320

- TARTAGLIA, Paolo, «Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine», *Rivista di Diritto Civile*, 1977, II, p. 20 a 29
- TEEVEN, Kevin M., *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, Greenwood Press, 1990
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, reimp. da 7.^a ed. de 1997, Coimbra Editora, 2010
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral* (refundido e actualizado), 4.^a ed., Coimbra Editora, 2002
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Dos Contratos em Geral*, 2.^a ed., rev. act. e aumentada, Coimbra Editora, 1962
- TERRANOVA, Carlo G., «L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469», *Il Codice Civile Commentario*, org. Piero Schlesinger, Giuffrè, 1995
- TIMBANE, Tomás Luís, *A Rescisão Unilateral do Contrato de Trabalho com Justa Causa*, Almedina, 2006
- TREITEL, G.H., «Assessment of Damages for Wrongful Repudiation», *Law Quarterly Review*, n.º 123, Janeiro de 2007, p. 9 a 18
- TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, 12.^a ed., por Edwin Peel, Sweet & Maxwell, 2007
- TREITEL, G.H., *Frustration and force majeure*, Sweet&Maxwell, 1994
- TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, 8.^a ed., Sweet & Maxwell, 1991
- TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contract. A comparative account*, Clarendon Press, 1988
- UNBERATH, Hannes, *Die Vertragsverletzung*, Mohr Siebeck, 2007
- UPEX, Robert, e BENNETT, Geoffrey, *Davies on Contract*, 9.^a ed., Sweet & Maxwell, 2004
- VANWIJCK-ALEXANDRE, Michèle, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belge et français face à "l'anticipatory breach" de la common law*, Faculté de Droit, 1982

- VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, II, reimp. da 7.^a ed. de 1997, Almedina, 2012
- VARELA, João Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed. (rev. e act.), Almedina, 2000
- VARELA, João Antunes, anotação ao acórdão de 28.11.1996, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, p. 205 a 212
- VARELA, João Antunes, anotação ao acórdão de 16.12.1987, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 121, p. 213 a 224
- VARELA, João Antunes, anotação ao acórdão de 09.02.1968, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102, p. 51 a 61
- VASCONCELOS, Joana, «O conceito de justa causa de despedimento – Evolução legislativa e situação actual», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, org. Instituto de Direito do Trabalho, coordenação Pedro Romano Martinez, Almedina, 2001, p. 15 a 34
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, «Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Janeiro/Março de 2011, p. 3 a 29
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, «O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano III, 2006, p. 521 a 559
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.^a ed., Almedina, 2010
- VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, vol. I, 2.^a ed. rev e act., Almedina, 2012
- VICENTE, Joana Nunes, *A Fuga à relação de Trabalho (Típica): Em Torno da Simulação e da Fraude à Lei*, Almedina, 2008
- VIEIRA, José Alberto, *O Contrato de Concessão Comercial*, reimp. da edição de 1991, Coimbra Editora, 2006

- VINEY, Geneviève, «Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en Droit Français», *Les sanctions d'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, org. M. FONTAINE e G. VINEY, L.G.D.J., 2001, p. 167 a 203
- VINEY, Geneviève, «Les Obligations. La Responsabilité: conditions», *Traité de Droit Civil*, org. Jacques Ghestin, vol. IV, L.G.D.J., 1982
- VISINTINI, G., e PISU, Luciana Cabella, «L'inadempimento delle obbligazioni», *Trattato di Diritto Privato – Obbligazioni e Contratti*, I, org. Pietro Rescigno, UTET, 1991, p. 155 e ss
- VISINTINI, G., «Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222», *Il Codice Civile Commentario*, org. Piero Schlesinger, Giuffrè, 1987
- VITORINO, João Macedo, *A exigibilidade das obrigações sinalagmáticas*, inédito, 1993
- WARKOL, Craig S., «Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal Fact: The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach», *Cardozo Law Review*, n.º 20, Setembro de 1998, p. 321 a 353
- WEIDT, Heinz, *Antizipierter Vertragsbruch*, Mohr Siebeck, 2008
- WEIR, Tony, «Non-Performance of a Contractual Obligation and its Consequences in English Law», *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, org. Letizia Vacca, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 71 a 106
- WERTENBRUCH, Johannes, «Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus §326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners», *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 193, Junho de 1993
- WESTHELLE, Fritz, *Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung*, Grote, 1978
- WHITTAKER, Simon, «How does French law deal with anticipatory breaches of contract?», *International & Comparative Law Quarterly*, n.º 45, 3, 1996, p. 662 a 667

- WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 3.^a ed., trad. de A.M. Hespanha da 2.^a ed. revista de 1967, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004
- WIENERT, Hans, *Die Erfüllungsweigerung bei gegenseitigen Verträgen nach und vor Fälligkeit*, Universität Göttingen, 1936
- WIESE, Günther, «Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen», *Festschrift für Hans Carl Nipperdey Zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, I, p. 837 a 850
- WILLISTON, Samuel, *A Treatise on the Law of Contracts*, 4.^a ed., por Richard A. Lord, vol. 23, Thomson, 2002
- WILLISTON, Samuel, *A Treatise on the Law of Contracts*, 4.^a ed., por Richard A. Lord, vol. 24, Thomson, 2002
- WILLISTON, Samuel, *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 5, Baker, Voorhis&Co., 1937
- WILLISTON, Samuel, «Repudiation of contracts», *Harvard Law Review*, vol. XIV, n.º 6, Fevereiro de 1901, p. 421 a 441
- WILLISTON, Samuel, «Repudiation of contracts», *Harvard Law Review*, vol. XIV, n.º 5, Janeiro de 1901, p. 317 a 331
- WINTERTON, David, «Reconsidering White & Carter v. McGregor», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, n.º 1, Fevereiro de 2013, p. 5 a 10
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Iniciação ao Direito do Trabalho*, com a colaboração de Pedro Furtado Martins e António Nunes de Carvalho, 3.^a ed. (rev. e act.), Verbo, 2005
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.^a ed. (com aditamento de actualização), Verbo, 1999
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, «A extinção do contrato de trabalho», *Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXXI, 1989, n.ºs 3 e 4
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, «Justa causa de despedimento: conceito e ónus da prova», *Revista Direitos e Estudos Sociais*, ano XXX, 1988, p. 1 a 68

ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005

ZIMMERMANN, Reinhard, «Restitution after Termination for Breach of Contract», *Restitution Law Review*, 1997, vol. 5, p. 13 a 26

ZWEIGERT, Konrad, e KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, trad. TONY WEIR, Clarendon Press, 1992

INDÍCE

ABREVIATURAS.....	3
ADVERTÊNCIA E ESCLARECIMENTOS	3
PLANO.....	7
CAPÍTULO I	
INTRODUÇÃO	
§1. Enunciado do problema e delimitação do objecto de estudo.....	9
§1.1. A declaração de resolução infundada – Apresentação do problema	9
§1.2. Delimitação do objecto de estudo	14
§1.3. Sequência.....	17
§2. Enquadramento do problema.....	20
§2.1. Breves notas sobre a resolução em geral.....	20
1. A resolução enquanto causa de extinção do contrato. Breve referência a outras formas de cessação do contrato.....	21
1.1. Caducidade	23
1.2. Denúncia.....	23
1.3. Revogação.....	26
1.4 Rescisão.....	27
2. Modalidades de resolução	29
2.1. Notas gerais.....	29
2.2. Nota a propósito da extrajudicialidade do exercício do direito de resolução	32

(a) Direito francês	33
(b) Direito italiano.....	36
(c) Direito espanhol.....	37
3. Linhas gerais do regime jurídico. A resolução, uma faculdade de exercício vinculado	38
3.1. Pressupostos de existência do direito	38
3.2. Prescrição e caducidade do direito	42
3.3. Efeitos.....	43
3.3.1 Momento de produção de efeitos.....	43
3.3.2.Efeitos.....	43
(a) Extinção do vínculo.....	44
(b) Retroactividade.....	45
(c) Restituição	47
(d) Indemnização.....	49
§2.2. Notas preliminares sobre a resolução infundada	51
1. Conceito e terminologia adoptada.....	51
2. Sinopse do estado da arte.....	53
2.1 A Doutrina.....	53
(a) Uma declaração eficaz.....	53
(b) Uma declaração ineficaz	57
2.2. A jurisprudência.....	59
3. Conclusões parciais.....	61

CAPÍTULO II

OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO INFUNDADA EM ALGUNS DIREITOS ESTRANGEIROS

§1. Direitos de <i>common law</i> . A <i>anticipatory breach</i>	62
§1.1. Nota. <i>Termination, repudiation e rescission</i>	63
1. <i>Termination e repudiation</i>	64
2. Em particular, a <i>repudiation</i>	65
3. <i>Rescission</i>	67
4. Efeitos da <i>termination</i>	68
(a) <i>Damages</i>	68
(b) <i>Return of benefits received</i>	69
5. Efeitos da <i>rescission</i>	70
(a) <i>Indemnity</i>	70
(b) Obrigação de restituição	71
§1.2. <i>Anticipatory breach</i> . Nota introdutória.....	72
1. <i>Repudiation e anticipatory breach</i>	72
2. A regra da <i>anticipatory breach</i>	72
§1.3. Origens	74
1. Antes de <i>Hochster v. de la Tour</i>	74
2. <i>Hochster v. de la Tour</i> (1853)	76
§1.4. A <i>anticipatory breach</i> no Direito inglês.....	78
1. A <i>anticipatory breach</i>	78
2. Âmbito de aplicação. Em especial, os negócios jurídicos unilaterais	80
3. Momento de apreciação da probabilidade de incumprimento	81
4. Efeitos do incumprimento antecipado	81

4.1. A aceitação do incumprimento antecipado	83
(a) « <i>An unaccepted repudiation is a thing writ in water of no value to anybody</i> ».....	83
(b) Efeitos da aceitação do incumprimento antecipado.....	84
(i) Em especial: os efeitos da cessação.....	85
(ii) Em especial: a obrigação de minimização de danos	86
4.2. Não aceitação do repúdio. Manutenção do contrato	89
(a) Direito de manutenção do contrato	89
(b) Em especial: o dever de minimização de danos como limite ao direito de não aceitação da <i>anticipatory breach</i>	90
(c) Em especial: a <i>specific performance</i>	93
4.3. Revogação.....	95
5. Fundamentos da doutrina.....	96
5.1. Uma contradição nos termos (?). A violação de uma obrigação vencida como fundamento da <i>anticipatory breach</i>	96
(a) Teoria da promessa implícita de não repúdio (<i>Hochster v. de La Tour</i>)	97
(b) Teoria do direito ao não repúdio (<i>Frost v. Knight</i>)	98
5.2. A inevitabilidade do incumprimento futuro	100
5.3. A actualidade do dano	101
5.4. Incentivo a um comportamento economicamente mais eficiente	101
§2. A resolução infundada em alguns Direitos romano-germânicos.....	102
§2.1. Direito alemão.....	102
§2.2. Direito italiano	103
§2.3. Direito francês.....	104

CAPÍTULO III

OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO INFUNDADA NO DIREITO PORTUGUÊS

§1. Análise de alguns regimes especiais	108
§1.1. A revogação unilateral do mandato <i>in rem propriam</i>	108
1. Modalidades de cessação do contrato.....	109
2. Em especial: a revogação unilateral do contrato de mandato de interesse comum	110
3. Efeitos da revogação unilateral <i>ad nutum</i>	112
3.1. No mandato puro.....	112
3.2. No mandato <i>in rem propriam</i>	114
§1.2. A resolução extrajudicial do contrato de arrendamento urbano para habitação por incumprimento da obrigação de pagamento de rendas ..	115
1. Breve nota introdutória	115
2. A cessação do contrato de arrendamento pelo senhorio. Em particular, a resolução.....	117
3. O carácter excepcional da resolução extrajudicial.....	120
3.1. Âmbito de aplicação	120
3.2. Declaração resolutiva.....	121
3.3. O carácter excepcional	121
3.4. A resolução extrajudicial: um direito do senhorio?	122
4. A entrega do local arrendado	125
5. Momento de produção de efeitos da resolução	128
5.1. Perda de eficácia e caducidade do direito de resolução	128
5.2. A obrigação de desocupação do local arrendado.....	131
6. Momento de produção de efeitos (cont.). Estado da arte e posição adoptada.....	133

7.	A denúncia justificada	136
8.	Considerações finais	137
§1.3. A resolução do contrato de locação financeira.....		140
1.	Cancelamento do registo de locação	140
2.	A restituição do bem locado	142
§1.4. O despedimento infundado		144
1.	Breve nota introdutória	144
2.	O regime geral do despedimento	146
2.1.	Uma aproximação ao regime geral.....	146
	(a) Nota prévia sobre a resolução por iniciativa do trabalhador.....	146
	(b) A faculdade do empregador de despedir	148
2.2.	O despedimento ilícito	151
	(a) Despedimento ilícito: conceito.....	151
	(b) Meios de reacção	152
	(i) Providência cautelar de suspensão do despedimento.....	152
	(ii) Impugnação judicial.....	153
	(c) Efeitos	153
	(d) A natureza do acto de despedimento sem justa causa.....	155
	(i) Um acto válido de incumprimento.....	155
	(ii) Um acto inválido	156
	(iii) Natureza da invalidade	160
	(iv) Em especial: a faculdade de o empregador requerer a exclusão da reintegração	162
3.	O despedimento com invocação de justa causa insubsistente no regime do contrato de serviço doméstico	169
3.1.	A eficácia extintiva do despedimento com invocação de justa causa insubsistente.....	169

3.2. Fundamentos da especialidade do regime, em particular da subprotecção do trabalhador doméstico	170
4. Extinção do contrato de trabalho do praticante desportivo	172
4.1. O despedimento infundado.....	173
4.2. A demissão infundada.....	174
4.3. Outros aspectos relevantes	176
5. O despedimento infundado. Conclusões	177
§1.5. A resolução infundada no contrato de agência	181
1. Nota introdutória. Os contratos de distribuição comercial	181
2. A cessação do contrato de agência.....	182
2.1. A resolução.....	183
2.2. Breve referência à indemnização de clientela	184
3. A resolução infundada	185
§1.6. A insolvência.....	187
1. Enquadramento	187
2. Os efeitos da declaração de insolvência.....	189
2.1. A faculdade de recusar o cumprimento nos negócios em curso.....	190
(a) Âmbito de aplicação	190
(b) Efeitos: a faculdade de o administrador de insolvência optar pela execução ou recusar o cumprimento	191
(i) Suspensão, manutenção, extinção e redução dos negócios em curso	191
(ii) Exercício da faculdade	193
(c) As consequências da recusa de cumprimento.....	194
(d) A imperatividade do regime	196
2.2. A resolução em benefício da massa insolvente.....	196
(a) Âmbito de aplicação e requisitos de exercício.....	197

(b) Legitimidade, forma e prazo para o exercício do direito.....	199
(c) Efeitos da resolução	200
(d) Em especial: a oponibilidade da resolução a transmissários.....	201
(e) A impugnação da resolução.....	202
(f) A qualificação da faculdade	203
3. Considerações finais	204
§1.7. Conclusões.....	206
§2. Análise do regime geral.....	209
§2.1. (Des)Conformidade entre significado e efeitos do enunciado	209
§2.2. Uma declaração ilícita.....	211
1. Inexistência de um direito de resolução	211
2. A ilicitude da declaração.....	212
2.1. Nota prévia.....	212
2.2. Os efeitos da ilicitude da declaração	213
§2.3. O cabimento do juízo de (in)validade.....	215
§2.4. Uma declaração inválida.....	216
§2.5. Conclusões parciais.....	220
§3. Hermenêutica da declaração de resolução infundada. O valor sintomático da declaração.....	222

CAPÍTULO IV

O VALOR DA RESOLUÇÃO INFUNDADA COMO RECUSA DE CUMPRIMENTO

§1. A recusa de cumprimento e a progressiva assimilação da regra da <i>anticipatory breach</i> nalguns Direitos romano-germânicos.....	226
§1.1. Direito alemão.....	226
1. Antes da <i>Schuldrechtsmodernisierung</i>	226
2. A <i>Schuldrechtsmodernisierung</i>	230
3. Em especial, o §323 (4).....	232
§1.2. Direito Italiano	235
1. Evolução	236
2. Em especial: casos de recondução da recusa de cumprimento à figura do incumprimento antecipado.....	238
3. Alguns casos de recusa da equiparação.....	241
§1.3. Direito francês.....	243
1. Um vazio legal, doutrinal e jurisprudencial quebrado pela discussão da reforma do Direito dos Contratos.....	243
2. Explicações para este vazio.....	244
3. Estado da arte	245
4. A reforma do Direito dos Contratos.....	250
§2. A relevância actual da recusa de cumprimento antes do vencimento na ordem jurídica nacional.....	251
§2.1. Estado da arte	251

1.	Vencimento antecipado. A constituição automática do devedor em mora	251
2.	O reconhecimento da faculdade de o credor exercer as faculdades reservadas para o incumprimento	254
2.1.	<i>Venire contra factum proprium</i>	254
2.2.	Equiparação da recusa ao incumprimento	257
§2.2.	A jurisprudência	259
§2.3.	Conclusões. Posição adoptada, em especial quanto à admissibilidade da figura da <i>anticipatory breach</i>	262
§3.	A resolução infundada equiparada ao incumprimento	264
§3.1.	Nota prévia quanto à questão do vencimento	266
1.	Conceito	266
2.	A suspensão da relação obrigacional antes do vencimento e os princípios de unidade e continuidade da relação obrigacional	268
3.	Posição adoptada	270
§3.2.	Um incumprimento contratual?	273
1.	Notas prévias sobre a complexidade intra-obrigacional	273
1.1.	A obrigação enquanto estrutura complexa	273
1.2.	Em especial, os deveres acessórios	276
(a)	Noção	276
(b)	Perspectiva histórica: o crescente condicionamento da liberdade contratual	277
(c)	Classificação	280

(d) A natureza dos deveres acessórios. Em especial, o regime jurídico do incumprimento.....	282
(i) Estado da arte	282
(ii) Posição adoptada.....	285
2. O objecto do incumprimento.....	286
2.1. A violação de um dever de acessório de conduta	286
2.2. A violação do dever principal	288
2.3. Em particular a teoria da violação positiva do contrato.....	289
(a) Adequação ao Direito nacional.....	289
(b) A inadequação da teoria ao sistema jurídico nacional	290
§3.3. A tutela do receio de incumprimento.....	292
1. A tutela do receio de incumprimento na lei.....	293
2. A necessidade de uma tutela preventiva e não apenas sancionatória	298
2.1 A lesão do crédito como uma inevitabilidade. A ausência de tutela preventiva.....	298
2.2 A realidade económica actual do crédito. A necessidade de uma tutela preventiva.....	299
§3.4. A quebra da confiança (remissão)	301
§3.5. Conclusões.....	301

CAPÍTULO V

A MANUTENÇÃO DO CONTRATO

LIMITES DO DIREITO A CUMPRIR E DO DIREITO AO CUMPRIMENTO

§1. Nota introdutória	303
§1.1. A essencialidade do direito à manutenção.....	303
§1.2. A tensão entre estabilidade e liberdade na delimitação do direito à manutenção.....	305
§1.3. Sequência.....	309
§2. Direito ao cumprimento e direito a cumprir	310
§2.1. O direito ao cumprimento	310
1. A evidência do direito	310
2. Os diferentes «direitos ao cumprimento».....	311
§2.2. O direito a cumprir	313
1. Estado da arte	314
1.1. A recusa de um direito a cumprir e de um dever de colaborar	314
1.2. O reconhecimento de um direito a cumprir e de um dever de colaborar	315
1.2.1 Em especial, o dever de colaboração no cumprimento	316
(a) A questão da qualificação da colaboração no cumprimento. Ónus, dever?	316
(b) A questão da livre disponibilidade do direito de crédito pelo credor	318
(c) A questão da coercibilidade.....	320
(d) A questão da culpa na mora do credor. O motivo justificado	321
(e) A colaboração como valor normativo	322
1.2.2. Em especial, o direito a cumprir	323

2.	Posição adoptada.....	326
§3.	Limites ao exercício da faculdade de manutenção.....	329
§3.1.	Em alguns Direitos estrangeiros.....	329
1.	Direito alemão.....	329
1.1.	Antes da <i>Modernisierung</i> . Em especial, a teoria do limite do sacrifício (<i>Opfergrenzethorie</i>).....	329
1.2.	§275 do BGB depois da <i>Modernisierung</i> '.....	331
(a)	§275 (1) – Impossibilidade <i>stricto sensu</i>	331
(b)	§275 (2) – Impossibilidade prática.....	332
(c)	§275 (3) – Anterior <i>impossibilidade moral</i>	334
(d)	Síntese.....	335
2.	Direito italiano.....	335
2.1.	A impossibilidade.....	336
2.2.	A «excessiva onerosità».....	337
(a)	Requisitos de aplicação.....	338
(b)	Em especial, a «excessiva onerosidade».....	338
2.3.	As regras da responsabilidade contratual.....	340
2.4.	O princípio da boa fé.....	341
3.	<i>Common law</i>	343
3.1.	O interesse legítimo na manutenção.....	344
3.2.	A ponderação dos interesses de ambas as partes no cumprimento.....	346
3.3.	O recurso ao instituto da <i>specific performance</i>	348
3.4.	<i>Damage Mitigation</i> : um limite ao exercício do direito à manutenção do contrato?.....	349
(a)	<i>Mitigation</i> (remissão).....	349
(b)	Conteúdo da regra. Em especial, a limitação do direito ao cumprimento.....	350

(i)	Direito inglês	351
(ii)	Direito norte-americano	352
3.5.	A doutrina da <i>Efficient Breach</i>	354
(a)	A doutrina	354
(b)	Críticas e objecções	358
(c)	Considerações finais	360
§3.2.	No Direito nacional	363
1.	Em especial, <i>Damage Mitigation</i> no Direito nacional.....	363
1.1.	Um princípio de reconhecimento generalizado	363
1.2.	A admissibilidade da obrigação de minimização de danos na ordem jurídica nacional	365
1.2.1.	O artigo 570.º. Estado da arte	365
(a)	O n.º 1 do artigo 570.º do Código Civil.....	365
(i)	Aplicação do n.º 1 do artigo 570.º à responsabilidade contratual	365
(ii)	Os requisitos de accionamento da disposição. Em especial, a culpa do lesado	367
(iii)	O conteúdo do facto do lesado.....	368
(iv)	A <i>ratio</i> do artigo 570.º, n.º 1	369
(b)	A contenção do dano: dever ou ónus?.....	370
(i)	A recusa de um dever de mitigação	370
(ii)	O reconhecimento de um dever de afastar/minorar o dano pelo lesado	373
1.2.2.	Outras disposições relevantes.....	373
1.3.	Posição adoptada.....	374
(a)	Um dever de mitigar no Direito português?	374
(b)	Uma limitação ao direito à manutenção?.....	377
2.	O agravamento da prestação	378

2.1. O conceito de <i>difficultas praestandi</i>	378
(a) Natureza dos sacrifícios.....	379
(b) Terminologia.....	380
2.2. Os efeitos do agravamento.....	381
2.3. Síntese conclusiva.....	387
3. A inexigibilidade na lei.....	389
3.1. O regime do arrendamento urbano.....	389
(a) A doutrina.....	390
(b) A jurisprudência.....	392
3.2. O regime do contrato de agência.....	395
3.3. Em especial, a justa causa nos regimes dos contratos de mandato e de trabalho.....	397
3.3.1. Na revogação unilateral do mandato de interesse comum.....	398
3.3.2. No contrato de trabalho.....	400
(a) A evolução do conceito.....	401
(i) A inexigibilidade.....	401
(ii) A introdução da culpa.....	402
(iii) O regresso à inexigibilidade.....	403
(b) O conceito actual de justa causa. A impossibilidade prática e imediata de subsistência da relação laboral.....	404
(i) Um conceito de preenchimento eminentemente casuístico....	404
(ii) Em especial, o valor sintomático do incumprimento.....	407
§3.3. Em especial, a justa causa como limite ao direito à manutenção nos contratos de execução duradoura.....	409
1. As relações de execução duradoura.....	411
1.1. A relevância do tempo nas relações duradouras.....	411
1.2. O conteúdo da relação jurídica de execução duradoura.....	413
(a) A intensificação da regra de conduta segundo a boa fé.....	413

(b)	A confiança	415
1.3.	A desadequação (?) do regime geral do incumprimento às relações de execução duradoura em algumas ordens jurídicas estrangeiras	419
1.3.1	Nos Direitos de <i>common law</i> : a figura dos <i>relational contracts</i>	419
(a)	Enquadramento e análise do conceito.....	420
(i)	MACNEIL	420
(ii)	<i>Relational contracts</i>	421
(b)	Questões centrais.....	422
(c)	A necessidade de uma disciplina legal própria.....	424
1.3.2.	Direito alemão. O §314 do BGB	426
(a)	Contratos de execução duradoura.....	426
(b)	A cessação dos contratos de execução duradoura. O §314	427
(c)	O fundamento relevante	429
(i)	A violação de um dever (§314 (2)).....	430
(ii)	Outros fundamentos de inexigibilidade.....	431
(iii)	Outros elementos relevantes no exercício da faculdade do §314	432
2.	O regime da resolução por incumprimento nos contratos de execução duradoura no Direito nacional.....	433
2.1.	A justa causa como princípio de aplicação geral.....	435
2.2.	A densificação do conceito de justa causa	439
(a)	Um conceito de apreciação eminentemente casuística	440
(b)	O valor do incumprimento. Em especial, a dimensão sintomática do incumprimento.....	442
§3.4.	Síntese conclusiva	446
RESUMO	451

ABSTRACT.....	453
RÉSUMÉ	455
BIBLIOGRAFIA.....	458
INDÍCE	494

