

1 2 9 0



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

CARLOS ALEXANDRE HENRIQUES SARAIVA

ESTUDOS SOBRE A RESOLUÇÃO SEM FUNDAMENTO

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, com Menção em Direito Civil, orientada pela Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Estudos Sobre A Resolução Sem Fundamento

/

Studies On Unfounded Termination

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, com Menção em Direito Civil, sob a orientação da Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa.

Carlos Alexandre Henriques Saraiva

Coimbra, 2019

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo o amor e valores que sempre me transmitiram;

À minha irmã, pela inesgotável paciência e preocupação com que constantemente me brinda;

À Cláudia, por estar sempre presente;

À Senhora Doutora Mafalda Miranda Barbosa, pela incansável ajuda;

E a todos aqueles que, de alguma maneira, me apoiaram neste percurso, o meu mais sincero Obrigado.

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS	5
RESUMO.....	6
I. Introdução.....	7
II. Direito de resolução.....	9
1. Do seu enquadramento.....	9
1.1. Noção.....	9
1.1.1. Resolução e invalidade	9
1.1.2. O âmbito de relevância da resolução: contratos unilaterais e contratos bilaterais.....	16
1.1.3. Efeitos da resolução.....	20
1.1.4. Figuras afins	23
a) Resolução e denúncia.....	23
b) Resolução e caducidade.	26
c) Resolução e Revogação.	28
d) Resolução e outras hipóteses de desvinculação contratual. Direito de arrendimento; Insolvência.	30
2. Ambivalência de conceitos.	34
3. A necessidade de fundamento para a resolução.....	38
3.1. A desvinculação <i>ad nutum</i>	38
3.1.1. Mandato.	38
3.1.2. Venda a retro.	42
4. Os Fundamentos da Resolução	47
4.1. Alteração superveniente das circunstâncias	47
4.2. Não cumprimento.	67
4.3. Não cumprimento e impossibilidade.....	71
4.3.1. Alguns dos tipos de impossibilidade.	71
4.3.2. Impossibilidade originária vs. Impossibilidade Superveniente e Impossibilidade Objetiva vs. Impossibilidade Subjetiva.	72
4.3.3. Impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa.	75
4.3.4. Reforma alemã de 2001/2002. Impossibilidade Relativa: Impossibilidade Prática e Impossibilidade Moral.	76
4.4. Não cumprimento e inexigibilidade	83
III. Efeitos e conseqüências resultantes da resolução sem fundamento	86
5. Declaração antecipada de incumprimento	86
5.1. Declaração (In)eficaz.....	86

5.2. Incumprimento antecipado (Anticipatory breach).....	90
5.2.1. Anticipatory breach no direito inglês e norte americano.....	90
5.2.2. A influência da Anticipatory Breach nos direitos Romano-Germânicos	95
5.3. Ordenamento Português	98
6. Despedimento infundado.	100
IV. Conclusões	109
V. Bibliografia.....	111

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

art./arts. – artigo/artigos

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil Português

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CT – Código do Trabalho

nº/nºs. – Número/números

NRAU – Novo Regime do Arrendamento Urbano

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

vol. – volume

RESUMO

A resolução contratual, enquanto figura jurídica destrutiva dos efeitos emergentes de um contrato, requer, desde logo, um fundamento. O código civil português prevê, a este propósito, dois grandes fundamentos: a alteração superveniente das circunstâncias e o incumprimento.

No entanto, o artigo 436º do referido diploma, ao possibilitar que os efeitos resolutórios operem mediante declaração à contraparte, sem que, sobre tal declaração, exista um mecanismo de controlo prévio de verificação dos fundamentos invocados, coloca um problema: como reagir perante a declaração de resolução sem fundamento?. Partindo da análise de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros e da forma como estes encaram a questão enunciada, e bem assim, da análise de figuras próximas acolhidas no nosso ordenamento jurídico, propomo-nos, com esta dissertação, a encontrar uma solução adequada à “resolução” desta questão.

Palavras-chave: Resolução; resolução infundada; alteração superveniente das circunstâncias; incumprimento.

ABSTRACT

The contract termination, as a destructive instrument of the effects arising from a contract, requires from the outset to be justified. The Portuguese civil code provides for, in this respect, two main grounds: the change of circumstances and default.

However, article 436 of the aforementioned code, by allowing termination effects to operate by means of a declaration to the counterparty, without there being a prior control mechanism for verification of the grounds relied upon, gives rise to a problem: How to react before the unfounded declaration of termination?. Based on the analysis of some foreign legal systems and the way in which they deal with the stated issue, as well as on the analysis of the forthcoming figures accepted in our legal framework, we herein propose to find an adequate solution to the “resolution” of said issue.

Keywords: Termination; unfounded termination; change of circumstances; default.

I. Introdução

O direito de resolução nasce na esfera jurídica dos contraentes em virtude da verificação de um facto fundado na lei ou em convenção, podendo os contraentes determinar a constituição do direito de resolução, em conformidade com o artigo 432º n° 1 do código civil português. É, desta feita, uma faculdade vinculada.

Sendo este um poder passível de exercício extrajudicial, efetivando-se mediante declaração à contraparte, segundo o artigo 436º n°1 do mencionado diploma, coloca-se, desde logo, um problema: a declaração resolutiva pode ser emitida sem que o necessário fundamento esteja verificado, uma vez que não existe qualquer tipo de controlo prévio sobre esta. Eis o objeto sobre o qual nos propomos versar.

A importância que o tema dogmático enceta prende-se com a lacuna legal existente sobre a referida situação. Exceção feita a casos pontuais, como o contrato de trabalho, não encontramos normas expressas que resolvam a questão proposta.

Sobre o tema que iremos tratar ressalta, desde logo, o conflito entre dois princípios: um primeiro, que nos diz que os contratos são para ser pontualmente cumpridos (*pacta sunt servanda*), e um segundo, afirmando a autonomia privada das partes contratuais. Esta tensão, que perpassa toda a problemática da resolução infundada, apenas pode ser atendida invocando os interesses em jogo e observadas as soluções que, eventualmente, possamos encontrar noutros regimes legais.

Destarte, começaremos, numa primeira parte, por perceber as implicações que rodeiam o conceito de resolução e a sua finalidade, bem como, contrapondo a resolução a figuras próximas, definindo os casos em que o instituto se aplica. Posteriormente, examinaremos as escassas possibilidades onde a figura resolutiva opera sem fundamento, numa tentativa de apreender a razão vinculística do sistema português. Após este esforço delimitador do direito resolutivo, cumpre versar sobre os dois grandes fundamentos que o código civil prevê como causas que desencadeiam o mecanismo resolutório: a alteração das circunstâncias e o incumprimento. Neste sentido, a visita ao direito alemão será indispensável pela influência que exerceu, nesta matéria, no direito português.

Finalmente, e numa segunda parte, indagaremos quais os efeitos e consequências que advêm da resolução sem fundamento. Neste ensejo, abordaremos a questão da declaração antecipada de incumprimento pelos efeitos que, eventualmente, podemos retirar para a

questão-objeto da nossa análise. Passaremos, igualmente, pelo direito laboral, uma vez que esta área do direito consagra, expressamente, um regime de resolução ilícita.

Apresentado o plano pelo qual enveredaremos, cabe referir uma última nota sobre a complexidade que resulta da inexistência de regulação legal sobre a resolução ilícita. Nestas situações, a segurança jurídica é posta em causa. A este problema acresce, ainda, a incerteza gerada pela morosidade com que os tribunais portugueses se pronunciam sobre estas questões, podendo, em vários casos, arrastar o processo, pelas várias instâncias, durante anos.

II. Direito de resolução

1. Do seu enquadramento

1.1. Noção

1.1.1. Resolução e invalidade

O tratamento do tema que elegemos como mote da nossa investigação de mestrado requer, num primeiro momento, um esforço conceptual. Na verdade, importa saber do que se trata, quando se fala de resolução de um contrato.

Na ausência de uma definição legal¹, cabe à doutrina delimitar o conceito. Neste ensejo, Vaz Serra afirma a resolução como a declaração, dirigida à parte contrária, no sentido de que o contrato se considera como não celebrado². Assim, podemos dizer que quem resolve um contrato, destrói os efeitos de uma relação contratual.

De natureza potestativa, exercido por um dos contraentes, este direito tem por base um facto posterior à celebração do contrato. É, portanto, uma faculdade vinculada, além de fundamentada (na lei ou em convenção). Desta forma, resolução quer aqui significar o ato de dissolução do vínculo contratual³.

Embora alguns autores olhem para a resolução do ponto de vista da ineficácia em sentido estrito do negócio jurídico, cremos não ser essa a melhor solução. De facto, um

¹ Na ausência de qualquer referência a um diploma legal, considera-se remissão feita ao código civil português de 1966.

² VAZ SERRA, “*Resolução do Contrato*”, in Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 68, Lisboa, 1957, p.47.

³ O termo “resolução” tem, ainda, outros sentidos possíveis: tomada de posição de um órgão (v.g., resolução do governo); forma de solucionar conflitos (v.g., resolução judicial ou extrajudicial de conflitos). Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação Do Contrato*, 3ª edição, Almedina, 2015, p. 67.

Interessante é, ainda, perceber o conceito de resolução bancária. Mafalda Miranda Barbosa, numa perfeita síntese deste, afirma: “Sendo a medida de resolução um conceito compreensivo que envolve uma de quatro possíveis medidas aptas a garantir as finalidades mencionadas (...): a alienação total ou parcial da atividade em causa; a transferência, total ou parcial, da atividade para um ou mais bancos de transição; a segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos; ou a recapitalização interna, ela vem sendo apontada pelos autores como uma medida de *ultima ratio*”. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *A Relevância da Natureza do Crédito Detido Pelo Cliente de Uma Instituição Bancária Objeto de Uma Medida de Resolução, Nótula a Propósito do Caso BES*, in Boletim De Ciências Económicas, LIX (2016), p. 75.

negócio é ineficaz, em sentido amplo, quando não produz os efeitos que, segundo as declarações negociais, tendia a produzir, em virtude de causas intrínsecas ou extrínsecas.

Fala-se de invalidade, que é uma espécie do género ineficácia (em sentido amplo), para referir a falta ou a irregularidade dos elementos internos do negócio. Contrariamente, a ineficácia em sentido estrito traduz a falta ou a irregularidade de circunstâncias extrínsecas ao negócio. Se facilmente podemos perceber que a resolução não se traduz numa invalidade, uma vez que esta última resulta de um vício na formação do negócio jurídico, e aquela tem por base um facto posterior à celebração do contrato, a inserção do instituto no quadro mais amplo da ineficácia em sentido estrito, concita maiores dúvidas.

Parte da doutrina insere o instituto em estudo no quadro da ineficácia em sentido estrito, pela falta ou irregularidade extrínseca (leia-se, posterior) ao negócio. No entanto, certos autores preferem inserir a resolução no fenómeno complexivo contratual, enquanto caso de inexecução, o que, a nosso ver, faz mais sentido⁴.

Impõe-se, contudo, alguns esclarecimentos adicionais, em face de situações mais complexas, que reclamam uma apurada mobilização das categorias.

A invalidade é uma espécie do género ineficácia enquanto um caso em que a não produção dos efeitos pretendidos resulta de uma falta ou irregularidade dos elementos internos do negócio⁵. Estes vícios negociais são, conseqüentemente, contemporâneos à formação deste. Distingue-se, por isso, dos casos em que a cessação dos efeitos negociais se deve a eventos que ocorreram posteriormente à celebração do negócio. Revestem tais características, no nosso código civil, as figuras da resolução⁶, caducidade, revogação e a denúncia⁷.

⁴ ORLANDO GOMES, *Contratos*, 18ª Edição, Rio de Janeiro, 1999, p. 170; e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7ª Edição, Almedina, p. 273 e ss.

⁵ Apontando este sentido como uma tradição que remonta a WINDSCHEID, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*Cessante Causa, Cessat Effects; A Relação de Liquidação Subsequente à Invalidação do Negócio e a Problemática dos Direitos de Personalidade*”, in *Boletim Da Faculdade De Direito*, vol. XCIII (93), Tomo II, 2017, p. 705, nota 2.

⁶ A resolução, legal ou convencional, tem lugar em várias situações (por alteração anormal das circunstâncias, art. 437º, não cumprimento dos encargos modais pelo donatário, art. 966º, resolução do comodato por justa causa, art. 1140º, estipulação convencional, art. 432º, entre outras). Em todos estes casos, o direito resolutorio resulta, não de um vício na formação do contrato, mas antes de um facto posterior a esta que, normalmente, vem perturbar a estabilidade da relação contratual.

⁷ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4ª Edição por: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO & PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, p. 615 e ss. & MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral Da Relação Jurídica*, vol. II (2), *Facto Jurídico em Especial Negócio Jurídico*, 4ª Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, p. 411 e ss.

Dentro do instituto invalidade, há que distinguir a figura nulidade da anulabilidade. O negócio nulo é aquele que não produz os efeitos que as partes pretendiam, desde o seu começo, em virtude da falta ou vício de um elemento interno. Já não será assim quando estejamos perante um negócio anulável porque este, apesar de existir uma falta ou vício de um elemento interno, continua a produzir os seus efeitos, sendo, assim, tratado como válido, pelo menos até ao momento em que for julgada procedente uma ação de anulação – o direito potestativo de anular um negócio, carece, desta forma, de ser exercido judicialmente. Uma vez que esta ação proceda, os efeitos do negócio são destruídos retroativamente⁸.

A severidade do regime da nulidade deve-se ao seu fundamento, isto é, a razão de ser desta figura prende-se com motivos predominantemente públicos, enquanto que o regime da anulabilidade tem, como pano de fundo, motivos predominantemente particulares⁹.

Assim, a nulidade opera “*ipso iure*”, não carecendo que se intente uma ação ou que se realize uma declaração nesse sentido, podendo, ainda, ser declarada *ex officio* pelo tribunal (art. 286º)¹⁰. É invocável por qualquer interessado, bem como em qualquer altura¹¹ (art. 286º). Este vício não é, em regra¹², sanável mediante confirmação, não obstante a possibilidade de renovação ou reiteração do negócio nulo¹³.

Por outro lado, a anulabilidade carece de ser invocada por uma pessoa dotada de legitimidade para tal, não podendo ser declarada *ex officio* pelo tribunal. É necessário,

⁸ Pela pena de MENEZES CORDEIRO, ficamos, desta forma, a perceber que: “a nulidade equivale a um status rei: um estado do próprio negócio como consequência, temos uma permissão genérica de impugnação; a anulabilidade traduz um status personae: uma característica específica de um dos intervenientes, ao qual é reconhecida uma permissão específica de impugnação”. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª Edição, Almedina, 2014, p. 942.

A contraposição entre ambas terá provindo do direito alemão que, por intermédio de SAVIGNY, terá autonomizado a categoria da impugnabilidade de uma relação jurídica, oriunda do direito romano, a qual terá sido traduzida por anulabilidade. Esta traduziria um direito contrário à lei, que tinha sido exercitado, enquanto a nulidade envolveria uma pura negação, isto é, uma asseveração de que o negócio não produzia efeitos jurídicos. O código civil de 1966, por influência do BGB, manteve a polaridade entre as duas figuras, correspondendo à anterior distinção, que a doutrina propugnava, entre nulidade absoluta e nulidade relativa. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*Cessante Causa...*”, p. 706.

⁹ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 620.

¹⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, p. 417 e ss.

¹¹ Sem detrimento do instituto da usucapião.

¹² Há exceções a esta regra. Desde logo, o art. 895º, relativamente ao regime sobre a venda de bens alheios, determina a convalidação automática do contrato assim que o vendedor adquira por algum modo a propriedade da coisa. Quanto aos artigos 968º e 2309º, fala-se em confirmação imprópria, reportando-se a casos onde se trata da confirmação de negócios – doações e testamentos – nulos, mas que, em bom rigor, não é a mesma figura que a confirmação em sentido próprio. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, RUI DE ALARCÃO, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, vol. 1, Atlântida Editora, Coimbra, 1971, p. 129 a 136.

¹³ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 620 e 621.

igualmente, que se intente uma ação que tenha em vista a anulabilidade de um negócio para que se produzam os seus efeitos, sem esquecer as possibilidades em que esta pode ser arguida por exceção (art. 287º). É um vício sanável pelo decurso do tempo, no prazo de um ano (art. 287º para as anulabilidades em geral, e art. 125º para o caso das incapacidades) ou, no caso das ilegitimidades conjugais, no prazo máximo de três anos (art. 1687º nº 2), sendo que o momento a partir do qual se conta o prazo é fixado, para certas hipóteses, na lei (exemplo do art. 125º). Se esta nada disser, o artigo 287º estabelece que o prazo deve contar-se desde “a cessação do vício que lhe serve de fundamento”. A anulabilidade é, também, sanável mediante confirmação (art. 288º)¹⁴.

Quanto aos efeitos da declaração de nulidade e da anulação, operam retroativamente (art. 289º); não obstante, tem lugar a aplicação dos normativos sobre a situação do possuidor de boa fé no que toca, por exemplo, a frutos ou benfeitorias (art. 289º nº 3). Cada uma das partes é obrigada a restituir tudo o que recebeu, e não apenas na medida de um eventual enriquecimento, estando, estas obrigações de restituição, sujeitas ao princípio “exceptio non adimpleti contractus” (art. 290º). Quanto a terceiros, tais invalidades são-lhes oponíveis, à exceção do caso contemplado no art. 291º (e do artigo 243º, quando a nulidade seja, aí, invocada pelo simulador).

MENEZES CORDEIRO, numa análise aos preceitos do código sobre a nulidade, apura dois grandes fundamentos para esta: um primeiro na “falta de algum elemento essencial do negócio, como por exemplo a vontade ou o objeto”, e um segundo na “contrariedade à lei imperativa ou, mais latamente, ao Direito”. Relativamente à anulabilidade, esta, contrariamente àquela, “não traduz uma falha estrutural do negócio. Ela apenas nos diz que os valores relativos a uma determinada pessoa não foram suficientemente atendidos, aquando a celebração do negócio”¹⁵.

Não obstante, uma cisão cabal da figura não pode ser operada. Desde logo, podemos ser confrontados com situações de invalidades mistas¹⁶. Por outro lado, não podemos deixar de observar que, apesar da tradição jurídica segundo a qual o negócio nulo não produz, desde o início, qualquer efeito, esta é contrariada pelos dados normativos do sistema. Assim, não

¹⁴ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 621 e ss.

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, vol. II (2), p. 922 a 924.

¹⁶ Como exemplos, estabelecidos pelo legislador, desta figura, aponta-se os arts. 410º nº 3 e 1939º nºs 1 e 2, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 619 e 620.

podemos olvidar que, mesmo após declarada a nulidade, o negócio pode produzir efeitos¹⁷. Desde logo, podemos referir como exemplos, efeitos putativos que a lei reconheça, efeitos que resultem da proteção de terceiros de boa-fé, a manutenção dos deveres acessórios que integravam a relação complexa que unia as partes^{18/19}.

Em termos de efeitos, a resolução acaba por andar próxima da invalidade. Os artigos 433º e seguintes determinam a equiparação da resolução, para certos efeitos, à anulabilidade e nulidade do negócio. Mas o seu fundamento é diverso e algumas das regras da sua disciplina também. Daí a importância da cisão entre as duas realidades para quem, como nós, pretende estudar a resolução com profundidade.

Assim, a resolução opera mediante declaração à outra parte (art. 436º), ao passo que a invalidade carece de ação judicial, no caso da anulabilidade, ou atua automaticamente, no caso da nulidade. Por outro lado, a resolução nunca prejudica os direitos adquiridos por terceiros (art. 435º), à exceção da situação na qual se tenha registado a ação de resolução e o terceiro tenha adquirido o direito após o registo desta (435º nº 2), sendo que os efeitos da invalidade, contrariamente, atuam em relação a terceiros, excetuado o caso previsto no artigo 291º.

¹⁷ Segundo MENEZES CORDEIRO, “O ato inválido coloca-se numa dimensão diversa da da autonomia privada. Mas ele existe: quer social, quer juridicamente. Ele vai produzir alguns efeitos, varáveis consoante as circunstâncias. Tais efeitos são imputáveis à lei. Todavia, devemos estar prevenidos para o facto de eles dependerem, primordialmente, da vontade das partes. Desde logo, esta domina os institutos da redução e da conversão, ainda que na versão objetiva da “vontade hipotética”. Ela condiciona, também, os próprios deveres de restituição, resultantes, no essencial, da conformação do contrato viciado. E finalmente: a relação jurídica complexa que se estabeleça entre as partes mantém-se, privada dos deveres de prestar principais, mas assente nos deveres acessórios. Estamos, pois, muito longe do “vácuo” que, antigamente, se descobria nas invalidades”. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, vol. II (2), p. 935.

¹⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*Cessante Causa...*”, p. 707 e 708.

¹⁹ Perante a constatação de que, um negócio nulo, pode produzir efeitos jurídicos residuais, impulsionou-se, a doutrina, na autonomização de uma outra categoria: a inexistência. Invocada pela doutrina francesa em matéria de direito matrimonial, onde era assente o dogma segundo o qual “*pas de nullités san texte*”, a inexistência reportar-se-ia aos casos omissos sobre casamentos celebrados entre pessoas do mesmo sexo, casamentos celebrados com falta de consentimento de um dos nubentes e casamentos que não obedecessem à forma legal. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 618; & MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*Cessante Causa...*”, p. 708.

A nível nacional, GUILHERME MOREIRA considerou que a inexistência se equiparava à nulidade. GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Livro I, Parte Geral, Coimbra: Typographia F. França Amado, 1911, p. 511.

Por outro lado, outros autores mostraram-se recetivos à figura em questão. MANUEL DE ANDRADE, CARLOS MOTA PINTO, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, são Autores que, entre outros, se contam entre esta posição. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, p. 415; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 619; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*Cessante Causa...*”, p. 710 e 711; & PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Reimpressão, 2019, p. 573 e ss.

Além disso, o fundamento de cada um dos institutos são diversos, dado que pode causar algum melindre quando temos de lidar com hipóteses problemáticas como a do erro sobre a base do negócio.

O código civil consagra, nos arts. 247º e seguintes, o regime do erro, fazendo a distinção entre os “erros na declaração” e os erros “sobre os motivos determinantes da vontade”, que são, estes últimos, os erros na formação da vontade.

O art. 247º dispõe sobre o erro na declaração, também designado por erro-obstáculo, em que este é causa de uma divergência não intencional entre a vontade e a declaração. Nos arts. 251º e 252º consagra-se o erro-vício, tratando-se de um erro que constitui um vício da vontade. O erro-vício é um erro que atinge, segundo a lei, os tais motivos determinantes da vontade e que pode referir-se, segundo o art. 251º, à pessoa do declaratório ou ao objeto do negócio, ou, no caso do art. 252º nº 1 (fazendo uma definição pela via negativa), aos motivos que não se prendam com a pessoa do declaratório nem com objeto do negócio²⁰.

O art. 252º nº 2, tratando do erro sobre a base do negócio, constitui uma situação especial. Especial na medida em que a lei, nas restantes hipóteses de erro, fere com anulabilidade a declaração negocial ou o negócio, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade²¹ do elemento sobre o qual incidiu o erro do declarante²², ou desde que houvesse entre as partes um acordo acerca da essencialidade do motivo (para as hipóteses de erro sobre os motivos) e, no caso de erro sobre a base do negócio, manda aplicar o regime da resolução ou modificação do contrato por alteração superveniente das circunstâncias, que consta do art. 437º. Levanta-se, assim, a questão de

²⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e Vinculação Negocial (A Propósito da Aplicação do Bem a Fim Diferente do Declarado)*, 2ª Reimpressão, Almedina, 2002, p. 16.

²¹ A essencialidade do erro é um requisito geral da anulabilidade do mesmo, no nosso código. Um erro será essencial quando a sua inexistência levaria a que o declarante não concluisse o negócio ou o concluiria com condições essencialmente diversas. Ver PAULO MOTA PINTO, “*Requisitos de Relevância do Erro*”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. 4, Almedina, 2003, p. 68 e ss.

²² Este critério da suficiência do conhecimento ou cognoscibilidade da essencialidade do elemento sobre o qual o erro recaiu, é criticado por alguns autores na doutrina portuguesa. Consideram, estes, que a solução consagrada na lei sacrifica em demasia os interesses do comércio jurídico e do declaratório, isto na medida em que admite a anulabilidade de uma forma excessivamente fácil e gravosa para os interesses referidos, e, em alguns casos, só aplicando o critério do art. 334º (no caso, abuso do direito de anular) é que se equilibra a aplicação do art. 247º. Afirmam que melhor solução teria sido a de adotar o expediente consagrado no art. 1433º do código italiano: o conhecimento ou a cognoscibilidade do erro (não da essencialidade do elemento sobre o qual este recaiu). Ver CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 493 e ss, e CARLOS MOTA PINTO, “*Observações ao Projecto De Código Civil Sobre O Erro nos Negócios Jurídicos*”, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, nºs 1-2, ano XIII, p. 1 e ss.; Contrariamente, RUI DE ALARCÃO, “*Breve Motivação Do Anteprojecto Sobre o Negócio Jurídico na Parte Relativa ao Erro, Dolo, Coacção, Representação, Condição e Objecto Negocial*”, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 138, 1964, p. 87.

saber se esta remissão abre as portas a uma eventual resolução ou, como nas restantes hipóteses do regime em questão, estamos perante um caso de invalidade (leia-se, anulabilidade).

Esta problemática foi, desde logo, deixada em aberto por RUI DE ALARCÃO²³. Não obstante, outros autores responderam diretamente à questão e, maioritariamente, a opinião dominante é a de que não há lugar, apesar da remissão para o art. 437º, a nenhuma faculdade resolutória. O art. 252º nº 2 refere-se a um vício contemporâneo da formação do negócio, um defeito genético, ao contrário do que se passa na hipótese do art. 437º. A contemporaneidade do vício só pode significar, perante as distinções aqui já operadas entre resolução e invalidade, que estamos diante desta última²⁴.

Desta forma, a remissão feita pelo nosso código civil tem que ser entendida de forma adaptada. O efeito útil da mesma é o de incluir, a nosso ver, a sanção modificabilidade, que não está prevista em nenhum normativo do regime relativo ao erro, em particular no caso de erro sobre a base negocial, a requerimento do errante ou da parte contrária, mas que, em rigor, poderia já ser pensada – e agora reportamo-nos ao erro em geral – para as hipóteses de erro incidental, chegando-se a tal solução ou por via da aplicação analógica do artigo 911º CC, ou por força da mobilização do regime da redução do negócio, nos termos do artigo 292º CC. Além disso, indica, ainda, esta remissão, que agora percebemos ser parcial, os pressupostos necessários para que o erro sobre as circunstâncias que constituíram a base do negócio seja relevante: um desvio das circunstâncias que concorreram para o fim do negócio, que a manutenção desse desvio afete gravemente os princípios da boa-fé e, por outro lado,

²³ RUI DE ALARCÃO, “Breve Motivação...”, p. 86 e ss.

²⁴ Sobre a zona de fronteira entre o regime do erro e o regime das alterações das circunstâncias, um exemplo escola apontado é o que ocorreu em Inglaterra e ficou conhecido como os “*coronation cases*”, que remontam ao início do século XX, no tempo da coroação do rei Edward VII, que, agora, iremos expor sucintamente.

De forma a poderem assistir ao evento, várias pessoas celebraram contratos de arrendamento de locais com vista privilegiada para o acontecimento. No entanto, o rei adoeceu, levando ao cancelamento da cerimónia. Os contratos terminaram devido a “*frustration of purpose*”, uma doutrina que justifica o incumprimento contratual quando ocorra uma circunstância que não foi prevista e que corrói a intenção principal de uma das partes em contratar. *Krell v. Henry*, [1903] 2KB 740; *Chandler v. Webster* [1904] 1 KB 493; *Herne Bay Steamboat Co v. Hutton* [1903] 2 K.B. 683 – o objeto do negócio, neste último caso, não era um imóvel, mas um barco.

Ou seja, nestes casos onde a linha entre o erro e a alteração das circunstâncias é muito ténue, temos que atender ao momento em que o contrato foi celebrado em relação ao evento que frustrou o negócio. Caso o contrato tivesse sido celebrado antes do cancelamento do cortejo, estaríamos perante a hipótese-norma do art. 437º: alteração das circunstâncias. Contudo, aplicaríamos o art. 252º nº 2, se o contrato fosse celebrado, como ocorreu em Inglaterra, após o cancelamento do cortejo e com o desconhecimento sobre esse facto.

esses desvios não estejam cobertos pelos riscos aceites, ou que devam ser assumidos, pelo errante²⁵.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO entende não haver, na situação em estudo, nenhum erro em sentido técnico jurídico, na medida em que “não se desconhece a realidade nem se faz dela uma falsa ou deficiente representação”. Poderá dizer-se, segundo o Autor, que há um erro quanto ao futuro, mas não se trata, então, de um erro em sentido próprio, mas sim de uma falha na previsão: esta foi falsamente ou erroneamente realizada²⁶.

A cisão entre a invalidade e a resolução torna-se, então, clara, sem embargo da proximidade de consequências de ambos os institutos. Enquanto aquela surge como uma sanção para uma perturbação que afeta o negócio jurídico *ab initio*, a resolução tende a pôr termo à eficácia de um negócio que era válido.

A compreensão deste dado acaba por ter importância prático-normativa evidente. Não obstante, nem sempre parece haver, mesmo da parte do legislador, uma consciência clara e cristalina sobre ele. Pense-se, por exemplo, no disposto no artigo 23º Lei do Contrato de Seguro (LCS). O preceito prevê como sanção para a violação de deveres de informação por parte do segurador, para além da responsabilidade civil, a resolução do contrato, salvo quando a falta do segurador não tenha afetado razoavelmente a decisão de contratar da contraparte ou haja sido acionada a cobertura por terceiro. Ora, verdadeiramente, se o que está em causa é a perturbação da vontade do contraente no momento da celebração do negócio, então, em rigor, não se deveria falar neste caso de resolução, mas de uma eventual invalidade por preterição dos deveres de informação.

1.1.2. O âmbito de relevância da resolução: contratos unilaterais e contratos bilaterais

Compreendida a sua natureza, cabe, neste momento, perceber se o seu âmbito de aplicação fica restrito aos contratos bilaterais ou se, ao invés, podemos falar de resolução no quadro de um contrato unilateral²⁷.

²⁵ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 502 e 503; e PAULO MOTA PINTO, “*Requisitos...*”, p. 120 e ss.

²⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e Vinculação Negocial*, ..., p. 17 e ss.

²⁷ A distinção entre contratos unilaterais e bilaterais é uma classificação dos contratos que assenta na estrutura do negócio, em particular na fonte das obrigações.

A distinção entre negócios unilaterais e contratos não se pode ancorar em diferenças genéticas, isto é, apenas no número de pessoas, de declarações ou de interesses, mas antes no sentido que essas declarações assumem. Como MENEZES CORDEIRO explicita, “nos negócios unilaterais, os efeitos não diferenciam as pessoas que, eventualmente, neles tenham intervindo; por isso – e ainda que não de modo fatal – tende, neles, a haver uma única pessoa, uma única declaração ou um único interesse; a inexistência de tratamentos diferenciados permite, em termos formais, considerar no seu seio a presença de uma única parte: apenas se distingue a situação desta da dos restantes – os terceiros; nos contratos, os efeitos diferenciam duas ou mais pessoas, isto é: fazem surgir, a cargo de cada interveniente, regras próprias, que devam ser cumpridas e que possam ser violadas, independentemente uma das outras; em moldes formais, há mais de uma parte; e em consequência, tendem a surgir várias declarações, várias pessoas e vários interesses”²⁸. Dito de outro modo, enquanto os negócios unilaterais são integrados por uma ou mais declarações de vontade, mas todas no mesmo sentido, formando um só lado ou uma só parte, os negócios bilaterais ou contratos são integrados por, pelo menos, duas declarações negociais, de sentido oposto, mas convergente. Simplesmente, dentro destes negócios bilaterais ou contratos podemos ainda fazer a distinção entre os contratos unilaterais – aqueles que produzem obrigações para apenas uma parte – e os contratos bilaterais – aqueles que geram obrigações para ambas as partes.

A par dos contratos bilaterais existem contratos bilaterais imperfeitos. A noção refere-se àqueles contratos que, em princípio, geram unicamente deveres para uma das partes, mas dos quais nascem posteriormente deveres para a outra parte, isto sem que exista um sinalagma entre os mesmos. Os contratos em questão, no seu início de vida, apenas geram obrigações para uma das partes (art. 1187º, relativo ao depósito)²⁹. Porém, caso o depositário realize despesas com o depósito, é o depositante obrigado a reembolsar o depositário (art. 1199º, al. b.)^{30/31}.

²⁸ O Autor prefere a designação de contrato a negócio bilateral uma vez que o contrato pode envolver uma pluralidade de sujeitos, ainda que, em regra, encontremos apenas duas partes. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, vol. II (2), p. 90 e 91.

²⁹ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 388 e 389.

³⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações Em Geral*, vol. 1., 10ª Edição, Revista E Atualizada, Almedina, 2011, p. 398.)

³¹ ORLANDO GOMES, *Contratos*, p. 72, afirma que o contrato bilateral imperfeito acaba por subordinar-se ao regime dos contratos unilaterais. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual Dos Contratos Em Geral*, 3ª Edição, Lex, Lisboa, 1995, p. 407 e 408, sobre não existir nenhuma bilateralidade nos intitulados contratos bilaterais imperfeitos.

Repare-se que este conceito de contratos unilaterais não equivale ao de negócio/contrato gratuito, do mesmo modo que os contratos bilaterais não são sinónimo de negócios onerosos. Pense-se, por exemplo, no mútuo oneroso, que é simultaneamente um contrato unilateral e isto porque, sendo – independentemente de toda a controvérsia que acompanha a classificação – um contrato real quanto à constituição, o ato de entrega do dinheiro por parte do mutuante, correspondendo a uma atribuição patrimonial – que garante a onerosidade do acordo – não equivale ao cumprimento de uma obrigação, mas a um ato material de entrega que faz parte do próprio *iter* formativo do contrato.

O apelo a estas categorias classificatórias releva tanto quanto se coloque o problema de saber se a resolução pode operar por referência a qualquer contrato ou só relativamente a contratos bilaterais.

Há autores que, na verdade, consideram que o direito em questão seria exclusivo dos contratos bilaterais³², mas levantam-se argumentos a favor da tese da aplicação da resolução aos contratos unilaterais. Desde logo, é de realçar que a correlatividade entre as prestações não pode ser considerada, exclusivamente, como as previstas pelas partes, na data da celebração do contrato, mas também naquelas prestações que, mesmo não tendo sido assim encaradas, essa correlação é fundamental para o equilíbrio contratual. Apoiam-se, igualmente, os defensores desta linha de pensamento, no ordenamento francês, particularmente nos textos legais que conferem ao credor, nos contratos unilaterais, o direito de resolução (v.g. art. 1.912º, do código civil francês, sobre a obrigação, que impende ao devedor de uma renda perpétua, de reembolsar o capital constitutivo da renda, caso não cumpra com as obrigações a seu cargo, durante dois anos). Um outro argumento passa pela importância que um reconhecimento de um direito de resolução tem nos contratos unilaterais uma vez que nestes, ao contrário dos contratos bilaterais, não existe a figura da *exceptio non adimpleti contractus*^{33/34}.

³² CUNHA GONÇALVES considera que o direito de resolução é exclusivo aos contratos bilaterais, isto por ser uma consequência da interdependência das obrigações sinalagmáticas. Afirma que nos contratos unilaterais pode dar-se a revogação, não a resolução contratual. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. IV (4), Coimbra Editora, p. 152.

³³ VAZ SERRA, “Resolução do Contrato”, Lisboa, p. 17.

³⁴ É esta a importância, como realça CARLOS MOTA PINTO, da distinção entre contratos unilaterais e contratos bilaterais ou sinalagmáticos: “a exceção de não cumprimento do contrato (art. 428º) é privativa dos contratos bilaterais; mas não já a faculdade de resolução com fundamento em inadimplemento ou mora – esta, existindo nos contratos bilaterais, (...) pode ter lugar também em alguns contratos unilaterais (art. 1140º - resolução do comodato; art. 1150º - mútuo oneroso).” CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 388.

Desta forma, temos para nós que o direito resolutorio se estende a qualquer contrato, até porque a imposição de vínculos jurídicos perpétuos não é, hoje, aceite no ordenamento português em razão da ordem pública (art. 280º), independentemente do tipo de relação contratual em causa³⁵.

³⁵ Isto sem embargo de reconhecermos que o instituto reservado para pôr termo a contratos de duração indeterminada é a denúncia.

1.1.3. Efeitos da resolução

A resolução, sendo uma declaração com vista à cessação do vínculo contratual, extingue a relação entre as partes, o que significa que os contraentes deixam de estar obrigados ao cumprimento das prestações a que se vincularam³⁶.

A dissolução do vínculo é, frequentemente, total. Contudo, pode dar-se o caso desta ser apenas parcial, levando à subsistência do contrato. Nesta hipótese, ROMANO MARTINEZ entende que, em boa verdade, não há resolução do contrato, mas antes uma modificação do mesmo – sendo a prestação e a contraprestação reduzida³⁷.

O efeito extintivo ocorre, em regra, no momento em que a declaração de vontade resolutiva chega ao poder do seu destinatário (art. 224º, nº 1), sendo, portanto, uma resolução extrajudicial. Uma vez conhecida pelo destinatário, não pode, esta declaração, ser revogada.

Há, no entanto, casos em que a resolução depende da intervenção judicial. Exemplo disso é o art. 1084º nº 1, relativo à locação, cuja remissão leva à aplicação do art. 14º do NRAU que trata da resolução judicial. Nestes casos, o efeito extintivo ocorre com o trânsito em julgado.

A força do efeito extintivo é, como já se deixou antever, em regra, retroativa. Isto quer significar uma ficção jurídica de que o contrato não existiu. Porém, esta regra é limitada. O art. 434º nº 1 consagra, desde logo, duas exceções: a resolução contratual não será retroativa se contrariar a vontade das partes ou, por outro lado, contrariar a finalidade da mesma. Também a resolução terá eficácia *ex nunc* na hipótese da resolução de contratos de execução continuada, conforme dispõe o art. 434º nº 2.

Contrariamente ao sistema português, o art. 9.305 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, assim como o art. 7.3.5.1 dos Princípios do UNIDROIT, consagram a regra de que a resolução não tem eficácia retroativa.

O facto de o direito resolutório apresentar eficácia retroativa conduz à constituição de uma nova relação jurídica, de onde emergem obrigações de restituição, para ambas as partes, das prestações já cumpridas. Esta nova relação não quer significar a origem de um novo contrato com o objetivo de dissolver o anterior. Na verdade, trata-se de uma relação

³⁶ O primeiro projeto do código alemão, no seu parágrafo 427º, alínea 1, atribuía à resolução o efeito de obrigar as partes a tratar o contrato como se ele não tivesse sido concluído, e não este efeito destruidor que hoje domina o código civil português.

³⁷ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 175.

que pretende repor a situação à qual as partes estariam se não tivesse sido celebrado o contrato³⁸. Surge-nos, então, o problema da natureza jurídica da relação de “liquidação” ou “restituição”.

A doutrina alemã debateu muito este tema e mostrou-se dividida entre uma tendência maioritária que defende uma eficácia resolutiva total e uma tendência moderna que defende a modificação do conteúdo da relação contratual de origem, tornando-a numa relação de liquidação (*Abwicklungsverhältnis*)³⁹. No direito português, autores como CUNHA GONÇALVES consideram que, uma vez exercido o direito resolutório, as coisas se passam como se o contrato não tivesse existido, identificando a retroatividade resultante da declaração resolutória e a retroatividade inerente à anulabilidade do código civil, isto é, uma total destruição dos efeitos contratuais⁴⁰.

CARLOS MOTA PINTO, ao debruçar-se sobre a problemática da natureza da responsabilidade civil pela indemnização dos danos especiais no cumprimento defeituoso onde há, concomitantemente, resolução (exercida pela parte que não incorreu em cumprimento defeituoso), considera o problema em questão de uma outra perspetiva⁴¹.

Por um lado, o Autor afasta-se da tese que considera existir uma total destruição retroativa da relação obrigacional complexa em virtude da resolução, por considerar que apenas se extinguem os deveres de prestação ainda não cumpridos, além dos deveres secundários de indemnização ligados à prestação principal, cujo dever de cumprimento – da prestação principal - também se extingue. Ao efeito destrutivo do direito resolutório sobrevivem os deveres de proteção⁴² (como são os de cuidado e diligência). A persistência destes é devida ao facto de emergirem de uma relação de proteção, autónoma da relação

³⁸ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 183.

³⁹ WOLF defende que há uma ligação entre os deveres de prestação principal e os deveres laterais, como o dever de atuar de forma diligente, não podendo, dessa forma, existir uma destruição retroativa da relação principal e, concomitantemente, a persistência destes. JAIME SANTOS BRIZ, “*La Relacion de Liquidación o Extinción en Algunos Contratos*”, in *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLIV (54), 1960, p. 778 e 779.

⁴⁰ Explicitando várias posições da doutrina portuguesa, BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução Do Contrato No Direito Civil, Do Enquadramento E Do Regime*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 163, nota 475; entre elas, destacamos a de Luís Cunha Gonçalves, referindo que, com a resolução do contrato, as coisas entre as partes desenvolvem-se como se o contrato nunca tenha sido celebrado. LUÍS CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, vol. IV (4), p. 551.

⁴¹ Perspetiva essa que, mais recentemente, BRANDÃO PROENÇA subscreveu em parte. BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 166.

⁴² Os deveres de proteção, também designados deveres de comportamento ou de conduta, ou, ainda, deveres de confiança, auxiliam a realizar o fim contratual, além impedir resultados secundários não desejáveis. CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 1982, p. 264

principal, que resulta já da fase pré-contratual, mas cuja fonte passa a ser o contrato uma vez realizada a celebração do mesmo, não obstante a sua eventual resolução.

Contudo, CARLOS MOTA PINTO não adere à posição segundo a qual a relação contratual originária persiste, modificada pelas declarações de resolução através da relação de liquidação, integrada pelos deveres de restituição das prestações executadas, mas com sinal inverso. O efeito restitutivo resultaria, nessa hipótese, por força do negócio e não, como é o caso, da lei (art. 289º). Rejeita, assim, a identidade entre estas duas relações baseando-se, em primeiro lugar, no diferente fim que, em rigor, cada uma prossegue (a resolução tem em vista o fim do contrato, ao passo que a relação de restituição tem como objetivo a reposição do *statu quo ante* em virtude da frustração do fim contratual) e, em segundo lugar, demonstrando a rutura definitiva entre estas, a impossibilidade de as garantias fidejussória e pignoratícia persistirem, em caso de resolução, para assegurar o dever de restituição. A extinção destas, não havendo mudança de devedor, é o sintoma da criação de uma nova relação.

Conclui o Autor, desta forma, pelo reconhecimento, e bem a nosso ver, em caso de resolução, de uma relação legal de restituição a par da perduração eventual da relação contratual originária, assente nos deveres de proteção⁴³.

Relativamente a terceiros, rege o art. 435º. Segundo o mesmo, ainda que a resolução resulte de convenção, os direitos adquiridos por terceiro não ficam prejudicados. Só não será assim caso o terceiro tenha adquirido o seu direito posteriormente ao registo da ação de resolução⁴⁴.

⁴³ CARLOS MOTA PINTO, *Cessão...*, p. 412 a 419.

⁴⁴ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 629.

1.1.4. Figuras afins

a) Resolução e denúncia.

O significado do termo denúncia é, normalmente, associado a acusação ou divulgação de factos (mesmo no Direito Civil tal significado encontra eco, por exemplo, no art. 916º ao exigir que o comprador denuncie ao vendedor o vício ou falta de qualidade da coisa)⁴⁵. Não obstante, ao falarmos da denúncia enquanto forma de extinção contratual, devemos ter em mente um outro sentido: comunicação da vontade de uma das partes à contraparte de fazer cessar o contrato existente. É este último sentido que vamos considerar no nosso estudo.

Trata-se, assim, de uma forma de cessação dos efeitos do negócio exclusiva dos contratos de duração indeterminada. Uma das características deste instituto prende-se com o seu exercício, em princípio, livre. Não obstante, tendo em conta o princípio da boa fé que preside ao cumprimento contratual, deve a denúncia ser precedida de um aviso prévio.

O aviso prévio traduz-se numa comunicação, que não tem que ser expressa⁴⁶, à contraparte, da vontade de romper com o vínculo contratual. Resulta, este mister, não do regime contratual, mas da necessidade imposta pela boa fé de as partes atuarem, no exercício dos seus direitos, em conformidade com esta (art. 762º nº 2). As partes podem estabelecer o prazo de antecedência relativo ao aviso prévio, para que a denúncia produza os seus efeitos. Contudo, a lei, por regra, estabelece já prazos mínimos para denunciar um contrato. Assim, no art. 1055º nº 1, relativo à locação, menciona vários prazos nas suas alíneas para o exercício efetivo da denúncia; ou ainda, no âmbito do direito do trabalho, o art. 344º nº 1 CT, definindo uma antecedência mínima de quinze dias (para impedir a renovação do contrato a termo) relativamente ao empregador ou, caso se trate do trabalhador, oito dias. Na

⁴⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 301 e ss.

⁴⁶ A denúncia pode resultar, por exemplo, de uma proposta de alteração do contrato. Caso uma das partes declare à outra que o contrato só se manterá caso certo aspeto seja alterado e, esta proposta, seja recusada, temos aquela declaração a valer como denúncia. É esta situação que nos parece estar patente no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 1995, analisado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra Editora, 1998, p. 65 e ss. Ver ainda BATISTA MACHADO, “Denúncia-Modificação” de um Contrato de Agência, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 120 (1987/88), p. 183 e ss.

hipótese de a lei não estabelecer qualquer prazo e as partes nada tenham convencionado, a antecedência deve ser razoável⁴⁷, tendo em conta o contrato e a respetiva duração.

O exercício do direito a denunciar um contrato não carece, em regra⁴⁸, de justificação, ou seja, é exercido, unilateralmente, *ad libitum*. Este aspeto encontra a sua razão de ser na tutela da liberdade dos sujeitos, que seria posto em causa em virtude do carácter de duração indeterminada emergente do vínculo deste tipo de contratos. Esta subjugação a uma relação de índole perpétua ou, pelo menos, de longa duração, seria violadora da ordem pública decorrente do art. 280^{o49}. Todavia, não quer isto dizer que não existem limites a serem respeitados pelo seu titular. Desta forma, além de um aviso prévio que deve existir, devem ser tidos em conta, como já foi enunciado, os parâmetros prescritos pela boa fé (art. 762^o n^o 2), assim como as coordenadas impostas pelo art. 334^o: um exercício não abusivo do direito de denúncia. Desta forma, por exemplo, “a denúncia devida a motivos de ordem ideológica, ou de natureza sindical corresponde ao aproveitamento de uma faculdade legal, mais concretamente dum direito de resolução sem justificação durante o período inicial do contrato, exercido manifestamente fora dos limites determinados pelo seu fim económico, e, portanto, em abuso de direito – art.º 334.º do código civil.”⁵⁰. Não obstante, provar um abuso no exercício do direito à denúncia não se revela fácil, na maior parte dos casos. Se há uma denúncia, por uma das partes, derivada exclusivamente da intenção de causar um prejuízo à contraparte, esta muito dificilmente conseguirá provar, em tribunal, esse facto⁵¹.

Vigora um princípio de liberdade de forma no que toca ao exercício deste direito (art. 219^o), produzindo os seus efeitos no momento em que chega ao poder do destinatário ou dele é conhecida (art. 224^o). Há, no entanto, situações em que se exige forma escrita para denunciar o contrato: o Decreto-Lei 294/2009, relativo ao regime de arrendamento rural, art. 19^o n^o 1; o art. 344^o n^o 1 do CT, quanto ao contrato de trabalho a termo certo; ou ainda o Decreto-Lei 178/86, sobre o contrato de agência, art. 28^o.

Uma vez denunciado o contrato, este apenas produz o efeito extintivo no final do período de aviso prévio. Durante esse hiato o contrato mantém-se, estando as partes adstritas

⁴⁷ ROMANO MARTINEZ, no sentido de limar este conceito indeterminado, indica os regimes da locação e agência como possíveis auxílios, consoante a analogia das situações. ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 114 e ss.

⁴⁸ No regime de arrendamento urbano é necessário que se justifique a denúncia (arts. 1101^o alíneas a) e b), e 1103^o).

⁴⁹ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 631.

⁵⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n^o 639/14.7T8LRA.C1, disponível em www.dgsi.pt

⁵¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 116 e 117.

ao cumprimento das respectivas prestações – há uma equiparação do contrato denunciado ao contrato com termo certo⁵². A declaração de denúncia é irrevogável desde o momento em que chega ao poder do destinatário ou dele é conhecida, sem prejuízo de as partes acordarem de forma diferente (art. 230º). Uma vez decorrido o período de aviso prévio, o vínculo cessa, mas a denúncia não opera retroativamente. O vínculo extingue-se, por regra, totalmente; contudo, tendo em conta a natureza do contrato e o teor da declaração negocial de denúncia, pode cessar, apenas, parcialmente⁵³.

Pode acontecer que a denúncia seja realizada sem que os pressupostos deste direito estejam verificados, havendo, assim, uma atuação ilícita. Se assim for, as consequências que desse comportamento advêm podem ser: por um lado, a não produção, total ou parcial, dos efeitos da denúncia; por outro, gera-se a obrigação, para a parte que atua ilicitamente, de indemnizar os prejuízos causados à contraparte. Em regra, estas reações são meios alternativos, contudo, devido à sua natureza compatível, podem ser conjugadas. Assim, caso um senhorio que denuncie um contrato de arrendamento, sem respeitar o aviso prévio, o contrato deve subsistir, pela natureza do vínculo contratual, mas, concomitantemente, a contraparte deve poder exigir uma indemnização pelos prejuízos causados⁵⁴. Finalmente, cabe dizer que a denúncia se traduz num direito potestativo.

Comparando com o direito de resolução, podemos concluir que o direito de denúncia é de exercício mais fácil, na medida em que este não carece de fundamento e aquele sim. Além disso, é um direito com um âmbito de aplicação muito específico (apenas quanto a contratos de duração indeterminada), ao passo que a resolução se aplica a qualquer contrato.

⁵² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 188 e ss.

⁵³ VAZ SERRA entende que somente a extinção total do vínculo se pode dar. VAZ SERRA, “*Lugar Da Prestação*”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 50, 1955, p. 191 e 192.

⁵⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 121.

b) Resolução e caducidade.

A caducidade é, hoje, considerada, pacificamente⁵⁵, como uma figura autónoma que põe termo aos efeitos de um contrato. Esta não se confunde com a caducidade de direitos: uma coisa é o prazo para se exercer um direito (art. 298º nº 2), outra é o prazo final (termo) de vigência de um contrato (art. 328º e ss.)⁵⁶. Contudo, pela semelhança no que toca à influência do decurso do tempo, tanto na caducidade de direitos como na caducidade de contratos, justifica-se a aplicação de alguns preceitos relativos àquela, a esta.

Inserida num capítulo relativo ao tempo e as suas repercussões nas relações jurídicas (arts. 296º e ss.), é correto afirmar que a caducidade é um instituto que determina a extinção de direitos decorrido certo prazo⁵⁷. Porém, num sentido mais lato, também se dirá estar perante este instituto nas hipóteses de extinção do objeto do contrato (v.g., perecimento do cavalo doado) ou, igualmente, caso se verifique um facto ou evento a que seja atribuído efeito extintivo da relação contratual⁵⁸ (v.g., a morte de uma das partes num contrato). De qualquer forma, em todos estes casos o efeito extintivo não ocorre, pelo menos de maneira imediata, da vontade das partes.

Desta forma, a caducidade opera, em regra, automaticamente, isto é, a cessação dos efeitos jurídicos não depende de uma declaração de vontade nesse sentido, ocorrendo a extinção daqueles *ispo jure*. Exemplo disso mesmo é o art. 1051º alínea a), relativamente à locação, o art. 1123º, relativo à parceria pecuária, ou ainda o art. 1174º, relativo ao comodato, entre outros⁵⁹. Assim, estabelecido um prazo pelas partes ou pela lei ou, por outro lado, se verifique um facto ou evento superveniente a que a lei atribua efeito extintivo, o contrato caduca findo esse prazo ou verificado esse facto ou evento.

⁵⁵ Nem sempre o foi. Como mostra ANÍBAL DE CASTRO, há certos autores que consideravam a caducidade como uma modalidade inserida no instituto da prescrição. ANÍBAL DE CASTRO, *A Caducidade na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 2ª edição, Lisboa; Livraria Petrony, 1980, p. 21. A prescrição, no entanto, tem em vista, sobretudo, pôr termo a uma certa negligência, real ou suposta, do titular no exercício do direito (transmitindo uma ideia de abandono deste), enquanto que na caducidade (pelo menos de direitos) o objetivo é estabelecer previamente o tempo que o direito pode ser exercido pelo titular. Indicando este critério, da natureza da inércia do titular, de distinção e, também, outros, VAZ SERRA, “*Prescrição Extintiva e Caducidade*”, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 107, 1961, p. 164 e ss.

⁵⁶ ANÍBAL DE CASTRO, *A Caducidade...*, p. 196 e ss.

⁵⁷ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II (2), Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, 5ª edição revista e atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 705 e ss.

⁵⁸ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 630.

⁵⁹ Há, no que toca à caducidade, como em outras situações, uma dispersão legislativa.

Não obstante, no domínio laboral e no regime de arrendamento, a regra difere. Uma vez decorrido o período estabelecido, há uma renovação automática do contrato e, desta forma, não caduca⁶⁰ (art. 149º n.º 2, do CT e art. 1054º n.º 1, do CC). A renovação automática assenta no pressuposto de o contrato ter sido estabelecido por um prazo determinado, não se aplicando no caso de contratos com termo final incerto ou sujeitos a condição. Porém, mesmo não havendo renovação automática, isto é, naquelas situações em que a caducidade opere automaticamente, o cumprimento espontâneo das prestações pelas partes após o contrato já ter caducado, determina a subsistência deste⁶¹. Para que o contrato sujeito a renovação automática cesse, é necessário que uma das partes denuncie previamente o mesmo⁶².

Para a razão de ser da caducidade concorrem considerações de certeza e ordem pública. O ordenamento jurídico pretende que, ao fim de um certo tempo, as relações jurídicas se estabilizem e se tornem certas. Por esta mesma razão, o prazo de caducidade não se interrompe nem suspende, à exceção dos casos previstos na lei (art. 328º).

Confrontando a caducidade com a figura da resolução, há diferenças nítidas a salientar. Desde logo, a caducidade tem por base fatores objetivos supervenientes (como é o decurso do prazo legal ou convencionado), enquanto que há uma motivação subjetiva ligada ao instituto da resolução. Em termos de eficácia, este instituto opera sem efeitos retroativos, ao passo que a resolução tem, em regra, eficácia retroativa. Por fim, na caducidade, ao contrário da resolução, não há qualquer obrigação de indemnização, uma vez que não se verificam ilícitos contratuais culposos ou não culposos⁶³. Um caso excepcional trata-se do art.

⁶⁰ Pode-se perguntar se, apesar de a renovação automática poder resultar da lei, é concebível celebrar um contrato (de trabalho ou arrendamento) por um prazo determinado não renovável. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA entende que no âmbito da locação, pelo menos, tal não é possível uma vez que para a denúncia funcionar como uma garantia tem que ser posterior à celebração do contrato, sendo, em consequência, inválida a cláusula em que as partes estabeleçam a improrrogabilidade da locação logo no momento da celebração.

Contrariamente, ROMANO MARTINEZ, tendo em conta a autonomia privada, defende, e bem a nosso ver, esta possibilidade, argumentando, em resposta ao Autores mencionados, que não há razão para limitar a autonomia privada das partes, uma vez que estas podem denunciar o contrato no momento imediatamente a seguir à celebração daquele. Seria até, esta possibilidade, segundo o Autor, mais consentânea com a boa fé. Assim, para este, mesmo quando a renovação automática resulte de um preceito normativo, pode ser afastada pela vontade das partes. Respetivamente, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1997, anotação 5, p. 398; e ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 48.; Sobre o tema, ver, ainda, PIRES DE LIMA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de novembro de 1967”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 101, ano 1968-1969, p. 238 e ss.

⁶¹ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 49 e 105.

⁶² Nesta situação, o contrato termina por denúncia, não por caducidade.

⁶³ Conforme BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 55 e 56.

18º do Novo Regime do Arrendamento Rural (Decreto-Lei nº 294/2009), relativo à hipótese de caducidade por expropriação, nºs 3 e 4.

c) Resolução e Revogação.

Quando uma das partes num contrato, através de um ato bilateral, faz cessar os efeitos do mesmo, mediante o assentimento da contraparte, diremos que estamos perante o instituto revogação. Desde logo, o art. 406º nº 1 prescreve essa mesma hipótese ao preceituar que o contrato pode extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes: consagra, assim, o “mútuo dissenso”, conhecido como *contrarius consensus*, ou, como por vezes é referido na lei, *distrate* (como é o caso do art. 596º nº 1)⁶⁴. Desta forma, coloca-se um ponto final nos efeitos da relação contratual através de um novo contrato – extintivo, envolvendo, assim, uma harmonia das partes relativamente ao contrato original⁶⁵. Não obstante, a revogação por mútuo consentimento fica excluída em certos casos (v.g. arts. 1758º e 1989º).

Importante de realçar é a figura da revogação unilateral em negócios bilaterais. Prevista na lei ou pelas partes, trata-se de uma desvinculação sem acordo. Contudo, as hipóteses deste instituto previstas na lei levantam dúvidas quanto à sua qualificação jurídica, mais especificamente a de saber se estamos perante casos de denúncia ou de resolução. Entre esses casos estão o art. 268º nº 4, relativamente à representação, na celebração de um contrato, por uma das partes sem poderes para tal, em que este negócio, enquanto não for ratificado, pode ser revogado pela outra parte; de forma similar, o art. 471º prevê o recurso à revogação caso o gestor celebre um contrato em gestão representativa, enquanto o senhor do negócio não o ratificar; ainda, no art. 1170º nº 1, quanto ao mandato, prescreve-se a livre revogação deste contrato por qualquer das partes. Segundo ROMANO MARTINEZ, estes casos poderiam ser apontados como manifestações especiais do direito de denúncia, contudo, o mesmo Autor, com razão, afirma que a denúncia é um meio exclusivo de contratos duradouros. Assim, não faz sentido estarmos a diferenciar, por exemplo, a desvinculação unilateral num mandato de execução instantânea de um mandato de execução continuada⁶⁶. Conclui, desta forma, por considerar a revogação unilateral nos casos enunciados, como uma

⁶⁴ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 53 e ss.

⁶⁵ BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 47.

⁶⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre a revogação livre no mandato: PAULO VIDEIRA HENRIQUES, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutum nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica*, nº 54, 2001, Coimbra Editora.

espécie de denúncia, embora não se lhe aplicando o regime, uma vez que se estabelecem regras próprias. Isto não obstante a possibilidade de se recorrer à analogia⁶⁷.

Um outro caso gerador de dúvidas quanto à sua classificação legal trata-se do regime de revogação das doações por ingratidão do donatário (arts. 970º, 947º a 979º), na medida em que parece conter uma analogia com o sistema da resolução (efeitos retroativos inter partes, segundo o art. 978º, a proteção dos direitos adquiridos por terceiros, conforme o art. 979º, por exemplo)⁶⁸. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, estamos perante uma revogação, uma vez que, neste caso, não é uma simples declaração negocial recetícia (ao contrário da resolução, como vimos, art. 436º), exigindo uma determinação judicial⁶⁹.

Relativamente à revogação em geral, submete-se a certos requisitos formais (arts. 221º nº 2, 222º nº 2, e 1712º), desvinculando as partes, sem prejudicar os direitos adquiridos e ainda não exercidos, com eficácia retroativa ou não, consoante a vontade destas⁷⁰. O seu fundamento encontra-se na liberdade de, em regra, as partes poderem desvincular-se dos contratos, conjugando assim o já mencionado art. 406º nº 1 com o art. 405º, sobre o princípio da liberdade contratual.

A revogação é, também, uma faculdade existente nos negócios unilaterais. Nestes, pela sua natureza, aquela não pode assentar num acordo entre as partes, sendo, por isso, unilateral quando admitida por lei. Assim sucede na hipótese do art. 459º e ss., relativamente à promessa pública, onde o promitente pode, unilateralmente, revogar a sua declaração negocial, a todo o tempo caso não haja prazo de validade⁷¹.

⁶⁷ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 56 e 57.

⁶⁸ BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 50 e 51.

⁶⁹ ANUTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. II (2), p. 278, nota 4.

⁷⁰ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 630, apontando que se ao efeito extintivo é atribuído eficácia retroativa, implica mais uma resolução do que revogação.

⁷¹ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, p. 671 e 672.

d) Resolução e outras hipóteses de desvinculação contratual. Direito de arrependimento; Insolvência.

A par das formas de cessação de efeitos contratuais, até agora, estudadas, merece referência, por produzir, também, efeitos extintivos do vínculo contratual, o direito de arrependimento - instituto que chega ao nosso ordenamento jurídico por meio de transposição de Diretivas da União Europeia, nomeadamente a Diretiva 85/577/CE⁷²; e, pela sua natureza incondicional, a resolução em sede de insolvência prevista no art. 121º nº 1.

Uma especial proteção é conferida a certos contraentes, nomeadamente ao consumidor, de modo a que possam, sem apresentar justificações, romper com o vínculo contratual. Assim, sob vários desígnios, tem a lei reconhecido esta faculdade em sede de diferentes legislações: art. 8º nº 4 da Lei da Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96), confere ao consumidor um “direito de retratação do contrato” perante uma deficiente informação do bem ou do serviço; no art. 16º do Decreto-Lei nº 275/93 (na mais recente versão, com a 7ª alteração introduzida pelo Decreto-Lei nº 245/2015), relativamente ao regime do direito real de habitação periódica, reconhece a possibilidade de o adquirente do direito em questão resolver livremente, dentro do prazo de catorze dias, o contrato; sobre os contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento onde se incluem, estabelece o art. 10º, do Decreto-Lei nº 24/2014, um “direito de livre resolução”, dentro do prazo de catorze dias, dos mencionados contratos; quanto aos contratos de crédito ao consumo, o art. 17º, do Decreto-Lei nº 133/2009, estatui um “direito de livre revogação”, a exercer num prazo, também, de catorze dias; também no âmbito dos contratos de seguro, consagra o art. 118º, do Decreto-Lei nº 72/2008, um direito de “livre resolução”, também sujeito a um prazo que depende do tipo de contrato de seguro em causa; por fim, quanto ao regime do contrato de viagem organizada⁷³, o art. 25º do Decreto-Lei 61/2011, alterado pelo Decreto-Lei 17/2018, prevê a possibilidade de o viajante “rescindir” o contrato a qualquer altura, antes do início da viagem.

As razões subjacentes à atribuição desta proteção especial ficaram bem patentes, desde logo, no preâmbulo do mencionado Decreto-Lei sobre o regime do direito real de

⁷² FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 106.

⁷³ Sobre o tema, LUÍS ESPÍRITO SANTO, *O Contrato de Viagem Organizada*, Coimbra Almedina, 2016.

habitação periódica⁷⁴, mas também no acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Junho⁷⁵, de onde se pode ler: “(...), surgiram no mercado inúmeras empresas que de uma forma agressiva e numa concorrência desenfreada passaram a anunciar propostas de negócio, muitas delas não concretizadas (...). Muitos desses negócios, como é do domínio público, eram concretizados num ambiente de autêntica pressão psicológica, ou mesmo chantagem. Assim, é vulgar ainda hoje o aliciamento de pessoas para comparecer em determinados locais através do telefone ou outros meios, com promessa de passeios, almoços ou jantares e outras ofertas irresistíveis porque gratuitas. Uma vez presentes, os interessados são envolvidos numa teia de novas promessas e após várias horas de aliciamento e sem se aperceberem, ficam vinculados a contratos que, num ambiente de serenidade e reflexão e em condições normais não celebrariam”. A necessidade de um período *cooling off* está, assim, no fundamento principal para a origem deste um instituto. Tal período visa proteger aqueles sujeitos que apenas se vincularam contratualmente pela pressão das circunstâncias em que contrataram. Em situações normais, aqueles sujeitos não teriam cedido à contratação. Um outro fundamento apontado para a criação do direito em questão, prende-se com a necessidade de resposta a informações deficientes ao consumidor, assim como os casos em que dificultam ver o produto⁷⁶, ou ainda nas situações em que há um desequilíbrio institucional provocado pelas circunstâncias concretas⁷⁷.

Em qualquer dos casos supra referidos, estamos perante um direito potestativo cujo exercício é unilateral e, como já ficou patente, não carece de motivação. É, igualmente, um direito temporário, na medida em que caduca findo o prazo prescrito pela lei para o seu exercício. Como não depende de qualquer contrapartida, a gratuitidade também caracteriza o direito ao arrependimento⁷⁸.

Debatida é a questão relativa à natureza do direito em estudo. Em moldes sucintos, procura-se saber se tal direito integra o processo de formação do contrato ou, por outro lado, se estamos perante um direito de resolução contratual. Isto é, a reflexão conferida ao consumidor enquadra-se antes da formação do contrato, ou é posterior à celebração deste?

⁷⁴ Conforme consta da Revista Portuguesa de Direito do Consumo, nº 1, 1995, p. 52 e ss.

⁷⁵ In Colectânea De Jurisprudência, Ano XIX, Tomo III (3), 1994, p. 136.

⁷⁶ RUBIO TORRANO, “*Contratación A Distancia Y Protección De Los Consumidores En El Derecho Comunitario; En Particular El Desistimiento Negocial Del Consumidor*”, in Estudos de Direito do Consumidor, nº4, Coimbra, 2002, p. 68 e ss.

⁷⁷ GERAINT HOWELS, “*The Right Of Withdrawal In European Consumer Law*”, in Europäisches Vertragsrecht Im Gemeinschaftsrecht, Bundesanzeiger, 2002, p. 229 e ss.

⁷⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo...*, p. 109.

Em boa verdade, e como releva FERREIRA DE ALMEIDA, só nesta segunda hipótese é que se pode, verdadeiramente, falar em direito de arrependimento⁷⁹. Se não há contrato não pode haver arrependimento da decisão de contratar. Assim, a discussão passa para outro plano: o efeito do contrato apenas ocorre caso, no decorrer do período de reflexão, o direito de arrependimento não seja exercido (modelo da eficácia suspensa), e deste modo, a declaração contratual é inicialmente ineficaz, podendo vir a produzir os efeitos pretendidos caso não seja exercido o direito em questão; ou, contrariamente, o contrato produz, desde o seu início, a plenitude dos seus efeitos, podendo, no entanto, perder a sua eficácia caso, no prazo definido pela lei para reflexão, seja exercido o direito de arrependimento (modelo da eficácia resolúvel)⁸⁰.

No direito português, o antigo art. 8º do Decreto-Lei nº 359/91, entretanto revogado, parecia adotar o modelo de eficácia suspensa ao dispor: “(...) a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato a crédito só se torna eficaz se o consumidor não a revogar (...) no prazo de sete dias úteis a contar da assinatura do contrato”. Na versão atualizada do Decreto-Lei 133/2009, o art. 17º parece consagrar, na linha de muitos dos outros diplomas, o modelo da eficácia resolúvel ao preceituar: “O consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de revogação do contrato de crédito, sem necessidade de indicar qualquer motivo”.

Relativamente ao regime geral da resolução, o direito de arrependimento destaca-se, máxime, por não necessitar, no que toca ao seu exercício, de um fundamento. Não obstante, de forma geral, nas legislações mencionadas que consagram este instituto, os efeitos que resultam da declaração resolutória seguem o regime comum⁸¹.

Em sede de insolvência em benefício da massa, pode-se distinguir duas modalidades de resolução: resolução justificada baseada no prejuízo para a massa falida e na atuação de

⁷⁹ JANUÁRIO GOMES, num texto sobre o direito de arrependimento em sede do direito real de habitação periódica, considera que, na ótica do consumidor, colocar o direito potestativo de desistência na fase pré-contratual, é a hipótese que melhor o protege, a nível jurídico. MANUEL JANUÁRIO GOMES, “Sobre o “Direito de Arrependimento” do Adquirente de Direito Real de Habitação Periódica (Time-Sharing) e a Sua Articulação com Direitos Similares Noutros Contratos de Consumo”, in Revista Portuguesa de Direito do Consumo, nº3, 1995, p. 84 e 85.

⁸⁰ Mencionando a experiência francesa e alemã, FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, ..., p. 110.

⁸¹ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação*, p. 153 e ss.

má fé da contraparte; ou, aquela que nos interessa mais agora, a resolução incondicional (arts. 120º e ss. CIRE)⁸².

Assim, e segundo o art. 120º nº 1 do diploma citado, prevê-se a possibilidade de o administrador, caso entenda que os negócios celebrados nos quatro anos antes da data de início do processo de insolvência sejam prejudiciais à massa, resolvê-los. No entanto, os nºs 2, 3 e 4 do mesmo preceito indicam os casos em que se consideram prejudiciais os negócios jurídicos celebrados, vinculando, desta forma, o administrador a realizar prova (prejuízo para os credores ou a má fé da contraparte).

No art. 121º nº1 do CIRE, contrariamente, prescrevem-se hipóteses em que o administrador pode resolver livremente os negócios celebrados entre seis meses a dois anos antes do início do processo de insolvência, não tendo, portanto, que provar nenhum prejuízo para os credores ou a má fé da contraparte.

A resolução, pelo art. 123º do CIRE, pode ser efetuada pelo administrador da insolvência, por carta registada com aviso de receção e, em harmonia com a regra do regime geral, o art. 126º do CIRE determina a eficácia retroativa da resolução.

O ato resolutório, como percebemos, enceta sérias implicações em si: destrói, de forma potestativa, os efeitos emergentes da relação contratual e, em regra, em sentido retroativo, dissolvendo, assim, o vínculo validamente criado entre e pelas partes. Por outro lado, há motivos de índole subjetiva ligados ao instituto da resolução, fazendo desta uma figura ainda mais complexa. Consciente destas inferências, o legislador, liga o exercício do direito resolutório, na sua generalidade, a um motivo legitimador da sua conduta, harmonizando, desta forma, a resolução com o princípio da segurança jurídica.

No entanto, antes de entrarmos nos possíveis fundamentos do exercício do direito de resolução, cumpre alertar para os riscos terminológicos que este conceito acarreta.

⁸² Conforme MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 7ª Edição, 2013, p. 149 e ss.

2. Ambivalência de conceitos.

Num mundo globalizado, onde a comunicação (entre curtas e longas distâncias) não é, de todo, um problema, a precisão linguística, *máxime* jurídica, emerge como uma preocupação dominante. Basta pensarmos que Portugal está inserido num projeto europeu – a União Europeia - onde, atualmente, se contam vinte e quatro línguas oficiais⁸³, para percebermos os riscos que o multilinguismo acarreta⁸⁴.

Deste modo, no seio de convivência de sistemas jurídicos diversos e com línguas muito díspares, a uniformização legislativa depara-se com certos obstáculos que, num sentido mais amplo, podemos concentrar em um: a tradução de documentos jurídicos.

O maior perigo, resultante do problema enunciado, prende-se com a imprecisão terminológica que pode resultar de uma tradução. Como não existe nenhuma construção comunitária de conceitos jurídicos, tendo, cada estado-membro, os seus próprios conceitos legais, a tarefa de harmonização legislativa não se revela fácil⁸⁵. Se pegarmos na definição de contrato, observamos logo notáveis diferenças.

⁸³ Diz-se, geralmente, que língua oficial é aquela utilizada pela instituição (união europeia) com os Estados-Membros e com os nacionais destes. SUSAN SARCEVIC, *Problems of Interpretation in an Enlarged European Union*, in *L'Interprétation Des Textes Juridiques Rédigés Dans Plus D'Une Langue*, Paris, L'Harmattan, p. 241.

⁸⁴ Sobre a possibilidade de vir a existir apenas uma língua legal no âmbito de uma Europa pluralista ao nível legal, ver NIKOLAUS URBAN, “*One Legal Language and the Maintenance of Cultural and Linguistic Diversity?*”, in *European Review of Private Law*, vol. 8, nº 1, 2000, p. 51 a 57.

⁸⁵ Conforme VALENTINA JACOMETTI, apontando que as dificuldades de tradução de conceitos legais se acentuam no âmbito da União Europeia, exigindo, assim, um legislador necessariamente multilingue, por não dispor de uma terminologia comum a nível europeu e que, por vezes, é difícil captar a profunda diferença conceitual e terminológica existente ao nível interno de cada Estado-Membro que coexiste no espaço europeu. VALENTINA JACOMETTI, “*Terminologia Giuridica e Armonizzazione del Diritto Europeo dei Contratti – Ius Poenitendi del Consumatore Nelle Direttive Comunitarie e Nell’Ordenamento Francese*”, in *Rivista Di Diritto Civile*, ano 53, 2007, p. 561 e 562.

Os franceses⁸⁶, alemães⁸⁷, espanhóis⁸⁸, e italianos⁸⁹ são exemplos de ordens jurídicas que, assim como Portugal, veem o contrato como um acordo do qual emergem obrigações. São países enraizados em tradições de direito civil.

Contrariamente, num sistema de *common law*, há, desde logo, uma divergência na definição de contrato, avultando duas correntes principais: uma mais tradicional que vê o contrato como “*a promise supported by consideration (or perhaps the legal form of a deed)*”⁹⁰; enquanto, por uma corrente mais moderna, o contrato é visto como um “*agreements giving rise to obligations which are enforced or recognised by law*” focando-se no consenso do sistema civil⁹¹.

As diretivas⁹² apresentam-se como uma das estruturas normativas de maior relevo na comunidade europeia, e, como nos chamam à atenção ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, perante uma diretiva comunitária, e na medida em que existem várias versões, devemos ter presente duas ideias: a necessidade de traduzir a diretiva, tarefa mais complexa do que possa inicialmente transparecer, e uma verdadeira transposição desta. Ou seja, a par da tradução do conteúdo da diretiva, há que procurar a solução que melhor se compatibilize com o ordenamento jurídico nacional do legislador que transpõe a diretiva. Assim, se um dos problemas que nos podemos deparar inicialmente, como é o da existência de conceitos amplos, por vezes até sem rigor técnico-jurídico, pode ser justificado

⁸⁶ O art. 1101º do code civil preceitua que “*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*”.

⁸⁷ O código civil alemão, no § 145 e seguintes, dispõe sobre o tema do contrato, porém, não referênciam explicitamente uma noção deste, mencionando apenas que “*Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat*”.

⁸⁸ Prescrito no art. 1261º do código civil espanhol encontramos “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

1.º *Consentimiento de los contratantes.*

2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato.*

3.º *Causa de la obligación que se establezca.*”

⁸⁹ Em Itália encontramos, no artigo 1321º do respetivo código civil, uma noção geral de contrato que pressupõe sempre um acordo: “*Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

⁹⁰ BARBARA POZZO, “*Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology*”, in *European Review of Private Law*, vol. 11, 2003, p. 757.

⁹¹ SIMON WHITTAKER, “*Unfair Contract Terms, Public Services And The Construction of a European Conception of Contract*”, in *The Law Quarterly Review*, vol. 116, 2000, p. 95.

⁹² Previstas no artigo 288º § 3 do TFUE, constituem um importante mecanismo de organização e harmonização do direito interno dos Estados-Membros. Estas definem obrigações de resultado que se traduzem no cumprimento dos objetivos fixados na diretiva. Fundado num dever de cooperação leal, consagrado no art. 4º nº3 do TUE, as diretivas estão sujeitas a um dever de transposição que deve ser exercido dentro de um certo prazo que é, geralmente, de dois anos – não obstante, pode ser maior ou menor. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, 3ª edição, Gestlegal, 2018, p. 236 e ss.

pelo facto de se desejar garantir um espaço de manobra a fim de permitir a adaptação pretendida, outro é o da insuficiência ou deficiência das transposições para o qual é mais difícil arranjar justificações. Surge, hoje, uma utilização de conceitos fora do seu âmbito natural, “fazendo da sinonímia o denominador comum de termos que não são equivalentes”. Os Autores em questão observaram, através de uma lista de palavras-chaves relativas ao campo contratual, que há uma equivalência entre termos utilizados nas respetivas versões portuguesas e aqueles utilizados nas versões, por exemplo, italiana, inglesa e francesa, concluindo, e passamos já a explicar, pelo mau uso sinonímico dos termos⁹³.

Entre esses conceitos estão os de incumprimento, não execução do contrato ou das prestações, execução defeituosa, direito à indemnização, direito à compensação, direito ao ressarcimento, direito ao reembolso, anulação e, com maior relevo para o nosso estudo, rescisão e resolução.

Iremos de seguida percorrer, sem nos alongar muito, até porque muitos dos diplomas já foram supra referidos, as várias diretivas que transpõem os mencionados conceitos para o ordenamento português, focando-nos sobretudo no direito de resolução, para, após feita a contextualização, retirarmos conclusões.

O Decreto-Lei nº 67/2003, que transpõe a diretiva 1999/44/CE, relativo à venda de bens de consumo e às garantias associadas, coloca à disposição do consumidor o direito de resolução, estando o seu exercício dependente de uma denúncia, da falta de conformidade, ao vendedor no prazo de dois meses; quanto ao direito real de habitação periódica, o Decreto-Lei nº 180/99 que transpõe a diretiva 1994/47/CE, consagra a expressão direito de livre resolução; já o Decreto-Lei 143/200, sobre as vendas à distância, que transpõe a diretiva 97/7/CE, utiliza o direito de resolução num duplo sentido: em primeiro lugar para os casos em que o consumidor tem um fundamento para terminar o contrato e, em segundo, para as situações de desvinculação imotivada, falando-se em livre resolução; relativamente aos contratos de viagens organizadas e viagens à medida, o Decreto-Lei 61/2011, alterado pelo Decreto-Lei 17/2018, que transpõe a diretiva 90/314/CEE, atribui ao cliente, perante certas situações, um direito de rescisão.

São vários os sentidos que podemos, assim, descortinar, sobre uma só realidade: a resolução contratual. Cabe, agora, esclarecer a ambivalência com que o conceito “resolução”

⁹³ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO & MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*Harmonização Da Linguagem Jurídica Ao Nível Do Direito Contratual Europeu Breves Notas*”, in Revista: *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 8, 2006/2007, p. 109 a 111.

pode ser empregado, não sem antes apontarmos a provável razão de ser desta ambiguidade conceitual: a falta de uma noção legal do instituto em questão, levando a que vários diplomas legislativos mencionem o conceito, mas com diversos sentidos.

Tradicionalmente, enquanto forma de cessação do contrato, a resolução é associada à impossibilidade de cumprimento, incumprimento ou cumprimento defeituoso imputáveis ao devedor⁹⁴. O regime relativo ao arrendamento urbano espelha, pela ênfase dada à motivação da resolução, o sentido tradicional deste termo. Desde logo, no art. 1083º nº 2, consagra-se uma cláusula geral resolutiva, na ótica do senhorio, desenvolvendo-se esta nas várias alíneas do mesmo preceito⁹⁵.

O caso de alteração superveniente das circunstâncias apresenta-se como outro sentido do termo resolução. Consagrado nos arts. 437º e ss., estão em causa as hipóteses de alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar. Uma vez preenchidos os pressupostos previstos no preceito enunciado, o contrato resolve-se⁹⁶.

Mas outros sentidos têm sido associados ao conceito de resolução nos últimos tempos, significando-se, também, com eles, o que é geralmente conhecido como “direito de arrependimento”.

Conforme ficou explicitado anteriormente, há vários diplomas legais que possibilitam o recurso à resolução, subtraída de uma das suas características mais distintivas: o fundamento. Ao contrário do que é exigido, tradicionalmente, não existe nenhum motivo perturbador da economia contratual que dê razões para romper a relação contratual pondo, assim, um ponto final na produção de efeitos da mesma⁹⁷.

⁹⁴ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO & MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*Harmonização...*”, p. 122. BRANDÃO PROENÇA defende que o fundamento material que está subjacente ao exercício do direito de resolução é, normalmente, mas não de forma exclusiva, o incumprimento obrigacional, apontando como as duas principais zonas de relevo deste instituto, o incumprimento culposo e qualificado por determinada gravidade (801º nº2) e, por outro, um conjunto de eventos objetivos de suficiente significância para provocar a cessação do contrato. BRANDÃO PROENÇA, *A Desvinculação Não Motivada Nos Contratos de Consumo: Um Verdadeiro Direito de Resolução?*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 70, 2010, p. 222.

⁹⁵ Pelo vocábulo “designadamente”, fica a ideia que estas alíneas não são taxativas. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema das razões de resolução do contrato de arrendamento urbano: FERNANDO BATISTA DE OLIVEIRA, *A Resolução do Contrato no Novo Regime do Arrendamento Urbano, Causas de Resolução e Questões Conexas (Em Especial a Cláusula Geral Resolutiva do N.º 2 do Art. 1083º do CC)*, Almedina.

⁹⁶ Sem prejuízo de a possibilidade da sanção aplicada ser, em vez da resolução, a modificação do contrato, sanção essa que também está prevista nos arts. 437º e ss. Não obstante, este é um tema que, mais adiante, será desenvolvido com maior profundidade.

⁹⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO & MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*Harmonização...*”, p. 123.

3. A necessidade de fundamento para a resolução

Decorre dos números anteriores que a desvinculação contratual não é, de todo, um tema a ser tratado, sobretudo pelo legislador, de ânimo leve. Um sistema não vinculístico do direito resolutório seria um atentado à estabilidade entre as partes e à economia contratual.

No entanto, e sem embargo do direito ao arrependimento em sede de direito do consumo, e do art. 121º nº 1 do CIRE, que já tivemos oportunidade de estudar, o código civil prevê contadas hipóteses onde o sujeito pode, livremente, exonerar-se do contrato.

3.1. A desvinculação *ad nutum*.

Proveniente do latim, “*ad nutum*” é uma expressão jurídica que traduz a possibilidade de um sujeito tomar decisões sem que, para tal, as tenha que justificar. No ordenamento jurídico português vemos pontuais manifestações deste poder, como no mandato e na venda a retro⁹⁸.

3.1.1. Mandato.

O artigo 1170º é, neste âmbito, de fundamental importância: “o mandato é livremente revogável por qualquer das partes não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação”. Cessa, assim, por um ato unilateral e com efeitos para o futuro, a relação contratual de mandato, constituída pelo mandante e pelo mandatário.

Não é, porém, a regra da livre revogabilidade novidade do atual código civil. Já no direito romano surge esta divisa, associada à gratuitidade do mandato. Na lei romana, a hipótese de o mandante revogar o mandato, encontrava a sua razão de ser na tutela da autonomia individual de cada proprietário. Quanto ao mandatário, e ainda segundo estas leis antigas, a faculdade de este renunciar ao mandato advinha do facto de não estar em causa, com esta relação contratual, a satisfação de interesses próprios deste⁹⁹.

⁹⁸ Não esgotamos, ainda assim, as hipóteses em que o código civil prevê um poder de livre exoneração. Como tivemos oportunidade de ver anteriormente, entre estas, conta-se, ainda, a figura da revogação unilateral em negócios bilaterais.

⁹⁹ JUAN IGLÉSIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9ª Edição, 2ª Reimpressão, Barcelona, 1987, p, 455, *Apud* PAULO VIDEIRA HENRIQUES, “*A Desvinculação Unilateral...*”, p. 107.

Não obstante, o nosso objetivo, neste ponto, é o de perceber qual é a razão que está por detrás da consagração da faculdade de, unilateralmente, sem necessitar de qualquer fundamentação, revogar o mandato. Por outras palavras, qual é a base em que a regra de livre revogabilidade se apoia?

Logo à partida, a tese que fundamenta a livre revogabilidade do mandato no facto de o mandatário não retirar qualquer retribuição da prestação que executa cai, em virtude da indiferença que o código civil, anterior e atual, imprime a este tipo contratual, no que ao critério da gratuitidade ou onerosidade diz respeito¹⁰⁰.

Assim, como vemos no art. 1158º, o mandato pode ser gratuito, mas, e acompanhando o pensamento de MANUEL JANUÁRIO GOMES, essa possibilidade não é suficiente para concluir que o fundamento da livre revogabilidade é a gratuitidade, uma vez que esta não é uma nota essencial para caracterizarmos o tipo contratual em causa. Além do mais, esta faculdade está consagrada no já citado art. 1170º, e não opera nenhuma distinção entre mandato gratuito e mandato oneroso, abrangendo, desta forma, ambos¹⁰¹.

A justificação da livre revogabilidade do mandato pela natureza fiduciária que este apresenta, encontra a sua origem no direito romano¹⁰², apresentando, como base de apoio, a mútua confiança entre as partes. Uma vez quebrada ou posta em causa a confiança que uma destas depositava na outra, ficava imediatamente justificado o recurso à revogação¹⁰³. CUNHA GONÇALVES, perante a possibilidade de o constituinte poder revogar o mandato segundo a sua vontade, considera que esta é a melhor opção “não só porque o mandato é baseado na confiança do mandante, mas porque é conferido por não poder o mandante realizar, pessoalmente, os atos que o mandatário foi incumbido. De sorte que este deve

¹⁰⁰ O código de Seabra, no art. 1331º, consagrava que “o mandato presume-se gratuito, não tendo sido estipulada remuneração, excepto se o objecto do mandato for *daquelles* que o mandatário *tracta* por *officio* ou profissão lucrativa”, pondo, assim, fim às dúvidas levantadas pelo regime anterior.F

O art. 1986º do *code civil*, servindo como fonte inspiradora do regime imposto pelo código de Seabra, preceituava que “*Le mandat est gratuit, s’il n’y a convention contraire*”, rompendo, desta forma, com a herança romanista que via a gratuitidade como elemento essencial do tipo mandato. CARLO SANTAGATA, *Del Mandato: Disposizioni Generali*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna p. 6 e ss.

¹⁰¹ MANUEL JANUÁRIO GOMES, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 83 e 84.

¹⁰² VICENZO ARANGIO-RUIZ, *Il Mandato In Diritto Romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1949, p. 134 e ss.

¹⁰³ RENÉ SAVATIER, apud DURVAL CASTRO FERREIRA, *Do Mandato Civil e Comercial, O Gerente de Sociedades*, Edição Do Autor – Centro Gráfico De Famalicão, 1967, p. 198.

contar, sempre, com a terminação do mandato, logo que cesse aquela confiança ou o impedimento do mandante”¹⁰⁴.

Contudo, a fidúcia não se apresenta, atualmente, como um dos elementos essenciais do mandato e, em boa verdade, sendo, a regra em estudo, de livre exercício, podemos lançar mão da mesma numa outra situação que não em caso de rutura da confiança pessoal do mandante no mandatário. Além do exposto, a relação traçada entre mandante e mandatário pode não ser uma típica relação de confiança¹⁰⁵.

Procura-se, igualmente, fundamentar a livre revogabilidade do mandato na consideração do interesse que move a operação do mesmo. Desde logo, esta tese adequa-se ao art. 1170º nº 2 que, ao consagrar o interesse como critério¹⁰⁶ circunscreve a livre revogabilidade¹⁰⁷.

A doutrina é pacífica quanto ao facto de situar o mandato no fenómeno dos contratos de cooperação e com a especificidade, em relação a outros contratos que integram esta categoria, de se tratar de um contrato de cooperação externa¹⁰⁸, isto porque, ao celebrar-se o mandato, o mandatário aceita cooperar com o mandante a atingir certo interesse pretendido por este, enquanto aquele efetiva essa colaboração, praticando atos jurídicos em relação a terceiros.

¹⁰⁴ LUIZ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VII (7), Coimbra Editora, Coimbra, 1933 p. 517 e ss.

¹⁰⁵ MANUEL JANUÁRIO GOMES, *Em Tema...*, p. 85.

¹⁰⁶ MANUEL JANUÁRIO GOMES, *Em Tema...*, p. 87.

¹⁰⁷ Não obstante, é conveniente, para estarmos em condições de averiguar se o fundamento da livre revogabilidade do mandato é, realmente, o interesse subjacente a este, fazer referência à estrutura e função gestória da relação contratual em estudo (acompanhando, sempre de perto, neste ponto, o estudo sobre o mandato sem representação de PESSOA JORGE).

Através do contrato de mandato alguém fica encarregue de praticar um ato jurídico em vez de outrem. Com isto, promove-se a substituição, em sentido lato, de uma pessoa por outra na realização de um ato jurídico que apenas é do interesse de uma (do mandante). Temos, assim, um contrato que medeia a intervenção de terceiros em atos jurídicos.

Esta intervenção pode ser realizada de duas formas: ou o mandatário limita-se a substituir o mandante na prática do ato jurídico e, tendo, aquele, poderes para o representar, os efeitos do ato jurídico repercutem-se de forma imediata e íntegra na esfera jurídica deste; ou, ao realizar o negócio, recebe os efeitos do ato para posteriormente os transmitir ao interessado.

No primeiro caso é necessário que exista uma procuração que servirá de base dos poderes representativos, ao passo que, na segunda hipótese, não há nenhum representante, mas uma interposta pessoa. Define-se, assim, a interposição de pessoa como a “realização por alguém de um ato jurídico alheio por conta e no interesse do dominus, mas em nome próprio”.

Resta saber quando é que um ato é alheio. Se o interesse que emana do ato praticado não for do sujeito que o pratica, então o ato será alheio porque diz respeito a interesses alheios. PESSOA JORGE, *Mandato Sem Representação*, Almedina, 2001, p. 157 e ss.

Assim, consegue-se compreender que um sujeito que tenha interesse num ato, possa encarregar outro, pelas mais diversas razões, de o praticar.

¹⁰⁸ SANTAGATA, *Del Mandato...*, p. 71.

O interesse está, desta forma, no princípio da relação contratual, uma vez que é este que conduz o mandante a contratar. Nas palavras de JANUÁRIO GOMES “a intervenção gestória do mandatário não é, assim, espontânea: ela está, à partida, dependente do interesse do mandante, passando a ser, a partir daí, uma intervenção vinculada ou dirigida, uma vez que se encontra circunscrita aos limites gestórios traçados pelo principal, o qual mantém o “domínio” da gestão, podendo acompanhar ou “fiscalizar” a atividade do mandatário e dar-lhe instruções especificativas”. O art. 1157º, sobre a noção de mandato, parece reforçar a tese que temos vindo a expor, ao consagrar a atuação por conta¹⁰⁹ do mandante como elemento essencial da relação contratual de mandato¹¹⁰.

Apresentando, assim, esta função gestória como demonstrado, seria descabido impor ao mandante a gestão ruínosa, mesmo apenas quando seja meramente incomodativa ou prejudicial a este. Estamos, desta forma, em crer que o motivo impulsionador da regra da livre revogabilidade se encontra na necessidade de evitar que o mandante fique preso a uma relação contratual que não seja do seu interesse, uma vez que todas as atividades levadas a cabo pelo mandatário produzem efeitos que se repercutem na esfera jurídica do mandante¹¹¹. Quanto à justificação desta regra, mas, desta feita, segundo o prisma do mandatário, podemos invocar um princípio de equivalência ou reciprocidade¹¹².

¹⁰⁹ Esta expressão parece querer significar “à custa de”, isto na medida em que é ao mandante que recai a obrigação de dispor todos os meios necessários para que o mandatário possa executar o contrato. É esta a interpretação de ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA ao entenderem que enquanto o mandante não fornecer os meios necessários à execução do mandato, o mandatário não é obrigado a realizar este. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado...*, p. 786.

¹¹⁰ Em Itália a doutrina divide-se sobre este elemento essencial. A doutrina minoritária vê neste a indicação de o mandatário em prosseguir o interesse do mandante, enquanto que a doutrina maioritária se foca no reflexo dos efeitos dos atos praticados pelo mandatário na esfera do mandante. LUIGI CARRARO, adepto desta última tese, considera que os efeitos da atividade do mandatário devem incidir, ainda que mediatamente, na esfera jurídica do mandante. LUIGI CARRARO, *Il Mandato Ad Alienare*, Padova – Cedam, 1947, p. 104 e ss. Apesar de lógica, esta afirmação tem o efeito útil de recordar o risco que está em jogo para o mandante em contratar com o mandatário: a atividade deste, seja ela vantajosa ou prejudicial, incidirá na esfera jurídica do primeiro. Conforme ANGELO LUMINOSO, *Il Mandato*, apud MANUEL JANUÁRIO GOMES, *Em Tema...*, p. 93.

¹¹¹ De forma diferente, PAULO VIDEIRA HENRIQUES defende que o fundamento da revogação livre, pelo mandante, “radica na liberdade negativa do sujeito”, mas cujo o âmbito de aplicação apenas se encontra nos casos em que “a atividade de prestar coenvolva uma ingerência nos bens da pessoa, juridicamente tutelados pelos direitos de personalidade”, referindo, como exemplo, o mandato judicial. PAULO VIDEIRA HENRIQUES, “*A Desvinculação...*”, p. 143 a 150.

¹¹² Conforme MANUEL JANUÁRIO GOMES, *Em Tema...*, p. 97 a 99.

3.1.2. Venda a retro.

No código civil de 1867, encontrávamos três preceitos sobre a venda a retro: o art. 1586º, definindo-a como “a venda que é feita com a cláusula ou condição, de que o vendedor poderá desfazer o contrato, e recobrar a coisa vendida, restituindo o preço recebido”; o art. 1587º, proibindo, para o futuro, e rompendo assim com a tradição acolhida nas ordenações, o contrato de venda a retro; e o art. 1588º que regulava as vendas a retro constituídas anteriores ao código de Seabra¹¹³.

Atualmente, prevista nos arts. 927º e ss., a venda a retro é uma modalidade de compra e venda onde, ao vendedor, é concedida a faculdade de resolver, segundo a sua vontade, o contrato: “Diz-se a retro a venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato” (art. 927º).

Esta afasta-se da retrovenda¹¹⁴, na medida em que, como explicita GALVÃO TELLES, “não há duas convenções em sentidos opostos, uma venda e uma retrovenda, a primeira de efeitos imediatos, a segunda de efeitos deferidos. Há uma só convenção, uma venda única, em que se insere como cláusula acessória a faculdade, para o vendedor, de chamar de novo a si o objeto, restituindo o preço (...)”¹¹⁵. Quer isto significar que não é preciso celebrar novo contrato com o intuito de retransmitir o direito de propriedade sobre a coisa objeto do contrato, sendo suficiente, para tal, o exercício da faculdade conferida pelo art. 927º¹¹⁶.

¹¹³ RAUL VENTURA, “*O Contrato de Compra e Venda No Código Civil*”, in Revista Da Ordem Dos Advogados, ano 40, 1980, p. 643.

¹¹⁴ Quanto à distinção entre a venda a retro e figuras próximas, ver, para maiores desenvolvimentos, PESTANA DE VASCONCELOS, “*A Venda a Retro Como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*”, in Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade Do Porto, ano IV (4), 2007, p. 239 a 247. Além da distinção entre a venda a retro e a retrovenda, o Autor contrapõe a figura em estudo com o reporte (contrato típico regulado nos arts. 477º e ss. do Código Comercial), a locação financeira restitutiva – *sale and lease back*, e a “alienação fiduciária em garantia”.

¹¹⁵ GALVÃO TELLES, “*Contratos Civis, Projeto Completo de um Título Do Futuro Código Civil Português e Respetiva Exposição de Motivos*”, in Boletim Do Ministério Da Justiça, nº 83, 1959, p. 134.

¹¹⁶ Em Itália, ordenamento de inspiração do legislador português de 1966 para este regime, encontramos a figura da venda a retro consagrada nos arts. 1500º a 1509º, do *Codice Civile*, sob a epígrafe “*Patto di Riscatto*”; no ordenamento Espanhol encontramos a “*Retracto Convencional*”, regulada nos arts. 1507º a 1520º do Código Civil. Na Alemanha o estado da arte é outro. A *Wiedekauf*, §§ 456 a 462 do código civil Alemão, permite ao vendedor reservar-se o direito a celebrar um contrato de sentido inverso com o comprador, ou seja, recomprar o bem vendido. Ainda no espaço Alemão, apesar de não estar consagrada na lei, admite-se o *Wiederverkaufsrecht*, onde é o comprador que tem direito à revenda. PESTANA DE VASCONCELOS, “*A Venda A Retro...*”, p. 226 e 227.

Como já deixámos antever, podemos observar, ao logo da história do direito português, hesitações relativas à consagração ou não da venda a retro. Tais flutuações¹¹⁷ devem-se, em boa parte, aos perigos que esta modalidade de compra e venda envolve, especificamente por poder conduzir a negócios usurários¹¹⁸. Assim, o legislador, consciente destas preocupações, consagrou o mecanismo do art. 928º, proibindo qualquer vantagem, monetária ou de outra espécie, como contrapartida do exercício do direito de resolução (nº 1), assim como a cláusula que preveja a obrigação de restituir, pela parte do vendedor, uma soma superior ao fixado da coisa objeto do contrato (nº 2).

Tendo em mente um princípio de estabilidade de direitos, o legislador terá consagrado o art. 929º¹¹⁹. Reproduzindo a doutrina do art. 1501º do código italiano, aquele preceito consagrou prazos para o exercício do direito de resolução: dois anos, caso se trate de uma venda de bens móveis, cinco anos, caso se trate de uma venda de bens imóveis. Os mencionados prazos, segundo o nº 2 do mesmo artigo, são improrrogáveis, contando-se a partir da venda, nºs 1 e 2¹²⁰.

Quanto à forma, exige o art. 930º notificação judicial, invalidando, assim, qualquer outra forma de expressão e comunicação da vontade do vendedor¹²¹.

¹¹⁷ O direito romano admitia a venda a retro, na idade média havia quem defendesse o instituto e quem o atacasse, e a discussão foi reatada pela redação dos códigos modernos, se bem que é visível, em geral, um triunfo da tese que aceita a figura em causa. GALVÃO TELLES, “*Contratos Civis...*”, p. 135.

¹¹⁸ Quem recorre a esta modalidade da compra e venda procura, de forma generalizada, readquirir a coisa vendida. Desta forma, se uma pessoa necessitar de liquidez e não quiser recorrer a meios como o crédito hipotecário, pode obter o dinheiro de que precisa, vendendo um bem, tendo ainda a vantagem de não o alienar definitivamente, podendo reaver o mesmo através do exercício do direito resolutorio. Daí a associação que muitas vezes se faz deste instituto com uma modalidade negocial usurária. Um proprietário que esteja a passar por dificuldades económicas vende a retro um bem por um preço excessivamente baixo, estabelecendo-se que, para o reaver com o exercício do direito resolutorio, teria, o vendedor, de pagar um valor superior ao cobrado ao tempo da venda a retro. ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações: Parte Especial – Contratos: Compra e Venda, Locação, Empreitada*, 2ª Edição, Almedina, 2018, p. 83.

Uma outra preocupação que esta figura suscita tem que ver com o pacto comissório previsto no art. 694º: “é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”. Apresenta-se, assim, difícil compatibilizar a venda a retro com a proibição do pacto comissório, uma vez que se atinge, com esta alienação, o resultado proibido pelo art. 694º. GALVÃO TELLES indica, como forma de justificar e combater este perigo, a proibição de o comprador ser reembolsado com uma quantia superior à que pagou aquando da venda. Porém, PESTANA DE VASCONCELOS, discordando com o mencionado Autor, defende que o que evita este resultado “é a existência dos deveres que impedem sobre o comprador/credente/garantido”, de avaliação do bem por terceiro independente ou da sua transação no mercado nas melhores condições, assim como da entrega à outra parte da diferença desse montante e do preço da venda”. Só assim, através dos mencionados deveres de avaliação imparcial e de restituição da diferença entre o valor obtido e o preço da venda, não se contorna a proibição do pacto comissório. GALVÃO TELLES, “*Contratos Civis...*”, p. 136; PESTANA DE VASCONCELOS, *A Venda A Retro...*, p. 255 a 257.

¹¹⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações...*, p. 84.

¹²⁰ ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado...*, vol. II, p. 229.

¹²¹ RAUL VENTURA levanta, pertinentemente, algumas questões sobre o mencionado preceito. Além da formalidade exigida para o exercício do direito de resolução, caso estejam em causa coisas imóveis – resolução

Até agora temos vindo a referir-nos à faculdade reconhecida pelo art. 927º como um direito de resolução. No entanto, a natureza jurídica deste direito é controversa.

GALVÃO TELLES vê nesta faculdade, pelo facto de uma das partes terminar com os efeitos do contrato, apenas com base na sua vontade, um poder revogatório¹²². ROMANO MARTINEZ entende que estamos perante uma condição resolutiva potestativa cujo exercício cabe ao vendedor¹²³. RAUL VENTURA começa, quanto a este tema, por explicitar que a venda a retro pode ser construída a partir da incidência da vontade do vendedor sobre o direito de propriedade em si, ou, por outro lado, sobre o contrato de venda e, só de forma indireta, sobre a propriedade como efeito deste. A segunda formulação compreende, ainda, duas modalidades diferentes: um contrato ao qual é aposta uma condição resolutiva potestativa (ideia defendida, como já enunciado, por ROMANO MARTINEZ); ou um contrato que prevê um direito resolutório a favor do vendedor.

O Autor em questão acaba por preferir, e bem a nosso ver, a segunda formulação e, dentro dela, a sua segunda modalidade. Na realidade, a ideia de uma cláusula aposta ao contrato revela-se desnecessária perante o reconhecimento da faculdade de resolução do contrato¹²⁴. A favor desta tese abona, ainda, o argumento literal: o art. 927º prevê “a faculdade de resolver o contrato” e não a faculdade revogatória ou de colocar condições resolutivas no contrato de venda a retro.

reduzida a escritura pública ou documento particular autenticado nos 15 dias imediatos, com ou sem intervenção do comprador -, que o Autor critica pela sua desnecessidade e confusão que gera, chama a atenção para a última frase do preceito: “sob pena de caducidade do direito”. Uma vez que o direito resolutório já foi exercido pela notificação, ele não pode caducar, revelando a inutilidade da mesma pela impossibilidade de ocorrer a sanção prevista.

Não obstante, RAUL VENTURA propõe duas hipóteses de solução. A primeira consiste em considerar a resolução, relativamente a coisas imóveis, e apesar da frase inicial do art. 930º, como um ato complexo, isto é, constituído pela notificação e pela escritura. A segunda baseia-se no art. 931º. Segundo este, “no silêncio do contrato, a resolução fica sem efeito se, dentro dos 15 dias mencionados no artigo anterior, o vendedor não fizer ao comprador oferta real das importâncias líquidas que haja de pagar-lhe a título de reembolso do preço e das despesas com o contrato e outras acessórias”. O Autor considera, até pelo facto de o art. 931º se referir ao art. 930º, que o legislador pensou num mecanismo igual para os dois artigos, uma vez que, no mesmo prazo, devem ser praticados pelo vendedor, dois atos: a redução a escritura e a oferta real. Contudo, para a inobservância de oferta real não está prevista a caducidade do direito de resolução, mas antes suspensão dos seus efeitos.

Assim, e optando por esta segunda solução proposta, em virtude da melhor uniformização do regime dos casos possíveis, “a resolução deriva, portanto, da notificação, mas fica sem efeito, se não for seguida de oferta. A lei suspende a eficácia da resolução até à oferta e o mesmo faz quanto à escritura no art. 930º”. RAUL VENTURA, “*O Contrato...*”, p. 653 e 654.

¹²² GALVÃO TELLES, “*Contratos Civis...*”, p. 134.

¹²³ ROMANO MARTINEZ, *Das Obrigações...*, p. 84

¹²⁴ RAUL VENTURA, *O Contrato...*, p. 646 a 648.

Na medida em que estamos perante um direito de resolução, o exercício do mesmo leva à aplicação do regime geral deste instituto, arts. 432º e ss., de forma a complementar certas lacunas de previsão do regime da venda a retro, embora com algumas particularidades a realçar.

Como já tivemos oportunidade de evidenciar, a resolução, por força do art. 433º, é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade e à anulabilidade. Significa isto que a propriedade se retransmite, ficando o comprador obrigado a entregar a coisa e o vendedor a pagar o preço, art. 289º. Porém, a doutrina¹²⁵ defende que os frutos gerados pela coisa, assim como os juros do preço que o comprador pagou, não têm de ser restituídos. Este é um aspeto que choca com os efeitos retroativos que, por regra, o direito de resolução gera. Não obstante, PESTANA VASCONCELOS coloca a questão da seguinte forma: partindo da ideia de que, com a resolução, se pretende repor o *status quo ante*, este apenas será atingido se, neste caso, as vantagens económicas auferidas por ambas as partes, permanecerem na esfera jurídica de cada um^{126/127/128}.

¹²⁵ RAUL VENTURA, *O Contrato...*, p. 656-657; GALVÃO TELLES, “Contratos Civis...”, p. 135.

¹²⁶ PESTANA VASCONCELOS, *A Venda a Retro...*, p. 229 a 231.

¹²⁷ Esta situação também pode ser justificada por outra via. BRANDÃO PROENÇA, em virtude do art. 289º nº 3, que se aplica por força do art. 433º, que remete para o disposto nos arts. 1269º, defende que podemos aplicar aqui o art. 1270º nº1. Esta norma rege a tutela do possuidor de boa fé no que toca à restituição de frutos: “O possuidor de boa fé faz seus os frutos naturais percebidos até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem, e os frutos civis correspondentes ao mesmo período”. Assim, na resolução convencional, o Autor defende que devem as partes ser consideradas como possuidores de boa fé até à declaração de resolução, enquanto que na resolução legal, “o respetivo titular só deverá ser considerado possuidor de má fé a partir do momento em que resolva o contrato (ou conheça a causa resolutive) (...)” enquanto que a contraparte deverá ser considerada como possuidora de boa fé “até à “turbação” ou mesmo (embora duvidosamente) até à declaração (ou citação para a ação) de resolução”. BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 173 e 174.

¹²⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, vol. II (2), p. 937. Sobre o ponto, confrontar, ainda, CALVÃO DA SILVA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de janeiro de 2015”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145, 2016, considerando que, enquanto estão de boa-fé, o vendedor goza dos juros e o comprador dos frutos naturais e civis colhidos. É também esta remissão que determina que as benfeitorias devam ser atribuídas ao comprador de boa-fé, não devendo ser tidas, portanto, em conta na determinação do valor da coisa a restituir. Mais considera o autor que a dívida relativa ao não levantamento das benfeitorias (que pertencem ao possuidor de boa-fé) deve ser entendida como uma dívida de valor, devendo, portanto, ter-se em conta o montante despendido no passado atualizado pelos índices de inflação. Sobre o ponto, confrontar MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento Sem Causa No Direito Civil, Estudo Dogmático Sobre A Viabilidade Da Configuração Unitária Do Instituto, Face À Contraposição Entre As Diferentes Categorias De Enriquecimento Sem Causa*, Dissertação De Doutoramento Em Ciências Jurídicas Na Faculdade De Direito Da Universidade De Lisboa, Almedina, 2005, p. 453 e ss., considerando que os artigos 1269º s. CC se aplicam mesmo que não haja posse, já que o artigo 289º/3 determina a aplicação dos preceitos também por analogia. No entanto, no tocante ao artigo 1270º CC sustenta que o preceito só é mobilizável quando haja posse, já que se trata de uma norma excecional e, como tal, insuscetível de aplicação analógica nos termos do artigo 11º CC. Nas palavras do autor: “o recetor de má-fé terá sempre que restituir os frutos que a prestação produziu e responder por aqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido, o que não diverge do regime do artigo 480º. Assim, tendo sido prestadas quantias em dinheiro ou entregue uma casa em virtude da celebração de um negócio inválido, e estando o recetor de má-fé, este deve restituir os juros legais dessas quantias ou o valor

Outra diferença que observamos entre o regime da venda a retro e o regime geral da resolução tem que ver com a produção de efeitos. Contrariamente ao que dita o art. 435º, segundo o qual a resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, na modalidade de compra e venda em estudo, ela pode produzir efeitos em relação a terceiros. O art. 932º consagra a oponibilidade da cláusula a retro, caso a venda tenha por objeto coisas imóveis sujeitas a registo, e a cláusula tenha sido registada. Assim, e segundo o art. 435º nº 1, em caso de resolução do contrato, os direitos de terceiro estão protegidos, excetuando aqueles cujo registo foi posterior ao registo da ação de resolução, conforme o art. 435º nº 2. Já no caso da venda a retro, os direitos de terceiro, mesmo que adquiridos antes da resolução do contrato, podem ser colocados em causa se estiver em causa uma compra e venda de coisas sujeitas a registo, imóveis ou móveis sujeitos a registo, e a cláusula a retro estava registada¹²⁹.

Ainda sobre um espetro comparativo entre o regime geral e o regime de resolução da venda a retro, cumpre realçar que a obrigação supletiva de o vendedor, nos quinze dias subsequentes à notificação judicial, entregar ao comprador o que lhe seja devido quanto ao preço e despesas realizadas com o contrato, imposta pelo art. 931º, não se trata de uma obrigação sinalagmática. O artigo consagra, antes, uma obrigação sucessiva, isto é, a restituição da coisa segue-se ao reembolso do preço e das demais importâncias, não se lhe contrapondo¹³⁰.

locativo da casa durante esse período. Estando, porém, o recetor de boa-fé faz seus os frutos por aqueles que com diligência poderiam ser obtidos, pelo que nada mais terá a restituir além da própria prestação. Este último regime só se aplicará se se tiver efetivamente constituído posse, uma vez que o artigo 1270º constitui uma norma excepcional, não abrangida por uma remissão por analogia, pelo que parece que, nos termos do artigo 473º, o possuidor de boa-fé deverá restituir o enriquecimento subsistente acima do valor da prestação, uma vez que existe um enriquecimento efetivo e o empobrecido não tem outro meio de obter a restituição”.

¹²⁹ ROMANO MARTINES, *Direito das Obrigações...*, p. 85.

¹³⁰ ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado...*, vol. II, p. 225 e ss.

4. Os Fundamentos da Resolução

Torna-se fácil perceber, deste modo, a exclusividade dos casos em que é reconhecida a uma parte contratual a faculdade de se exonerar livremente do vínculo emergente do contrato. Apenas por razões muito específicas, como no caso do mandato, em que os atos praticados pelo mandatário (por poderem, eventualmente, ser ruinosos para o mandante) se produzem na esfera jurídica de quem não os pratica – ou seja, do mandante -, ou pela posição de desvantagem em que a parte se insere, como no caso do direito de consumo, e bem balizadas, como o é a venda a retro, só podendo ser exercida dentro de certos prazos, é que o legislador prevê esta prerrogativa.

Na verdade, o direito de resolução é exercido, em regra, alicerçado num motivo. No código civil, como possíveis fundamentos da faculdade resolutória, podemos apontar dois fundamentos que, pela relevância que lhes é atribuída nesta sede, passaremos agora a estudar: a alteração superveniente das circunstâncias; e o incumprimento contratual¹³¹.

4.1. Alteração superveniente das circunstâncias

A influência que o tempo exerce sobre os contratos, nomeadamente pela superveniência de circunstâncias, é uma questão cujo estudo remonta ao direito romano, ainda que de maneira superficial. No plano jurídico, e apesar de não existirem textos que, de maneira expressa, abordem o problema, podemos considerar que a estabilidade contratual era a regra que perpassava a lei romana, não obstante, o pretor, por razões de equidade, decretar exceções a esta¹³².

No entanto, é no campo da filosofia que, naquela altura, encontramos afloramentos da ideia de manter o estado factual das coisas, como condição de permanência dos vínculos jurídicos¹³³.

Encontra-se, por exemplo, em CÍCERO o entendimento segundo o qual os deveres podem modificar-se com o tempo, na medida em que não deverão ser respeitadas as

¹³¹ Sem embargo do incumprimento e da impossibilidade, outros fundamentos existem, como é o caso da cláusula resolutória.

¹³² Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Reimpressão Com Nota De Atualização, Quid Juris?, Lisboa, 2001, p. 18.

¹³³ ROCHA DE GOUVEIA, “*Da Teoria da Imprevisão nos Contratos Civis*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, suplemento dissertação de alunos, V (5), Lisboa, 1958, p. 10 e ss.

promessas realizadas que se tornem inúteis para o sujeito que delas beneficiava, assim como as que impliquem um maior prejuízo, para quem as executa, do que vantagens para de quem delas retire proveito¹³⁴. Também Sêneca sustentava que: “quando, subsistindo as coisas no mesmo estado em que se encontravam no momento em que fiz a promessa, não cumprir, poderás dizer que falto à minha palavra e que fico infamado com a culpa de inconstante; mas, quando alguma coisa se muda, ela mesmo dá-me liberdade de tomar nova deliberação e exonerar-me da promessa... Finalmente, para me obrigares a que te cumpra a promessa, é necessário que as coisas estejam no mesmo estado que quando a fiz”¹³⁵

Estas sementes que os moralistas e filósofos romanos iam plantando constituíram a fonte em que, posteriormente, Autores de direito colheram as suas construções jurídicas sobre a alteração superveniente das circunstâncias¹³⁶.

Amplamente debatido no tempo dos canonistas¹³⁷ e, mais tarde, pelos pós-glosadores surge, desta forma, no século XII, através de BARTOLO, a doutrina segundo a qual as partes de um contrato ficam vinculados a este, enquanto o ambiente objetivo, existente à data da celebração do negócio, se mantiver. Nasce, assim, a cláusula “*rebus sic stantibus*” (R. S. S.).

Conforme ANTUNES VARELA, esta cláusula reportava-se às “circunstâncias consideradas firmes e seguras por esse contraente, e pretende, sobretudo, reger para as circunstâncias acerca de cuja perduração os outorgantes não chegaram a formular, no momento da contratação, nenhum juízo concreto e definido”. Fácil é, assim, perceber a grande imprecisão com que esta cláusula surgiu. Por outro lado, o mesmo Autor aponta, ainda, a natural tendência dos outorgantes em reputar como incluídas na aleatoriedade própria da contratação a longo termo todas as alterações do meio objetivo capazes de agravarem, por qualquer razão, a prestação da contraparte¹³⁸.

¹³⁴ CÍCERO, *Dos Deveres (De Officiis)*, Tradução, Introdução, Notas, Índice e Glosário de Carlos Humberto Gomes, Edições 70, Livro I, p. 26.

¹³⁵ SÊNeca, apud ROCHA DE GOUVEIA, “*Da Teoria Da Imprevisão...*”, p. 11.

¹³⁶ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria Da Imprevisão...*, p. 19 e ss.

¹³⁷ Cumpre referir, a este respeito, a obra de SÃO TOMÁS DE AQUINO, onde, ao debater sobre se toda a mentira é pecado, afirma que quem promete realizar algo com a intenção de cumprir não mente. Contudo, se mais tarde o não faz, pode ser desculpado no caso de a promessa ser ilícita, ou, por outro lado, se as condições das pessoas ou dos negócios se alterarem. Ideias como esta foram penetrando no direito canónico e, consequentemente, aplicadas nos tribunais da Igreja. SÃO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theológica*, 2º. da 2ª., Questão LX (Da Mentira), Artigo III (“Se Toda A Mentira É Pecado”); Resposta À 3ª Objeção, Apud LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 20.

¹³⁸ ANTUNES VARELA, *Ineficácias do Testamento e Vontade Conjetural do Testador*, Coimbra Editora, 1950, p. 266.

Só por volta dos séculos XVII e XVIII, fruto do trabalho dos juristas alemães e italianos¹³⁹, é que esta doutrina se afirma, delimitando-se, tarefa necessária perante a abrangência com que a cláusula R. S. S. surgiu inicialmente, os seus requisitos, efeitos e campo de aplicação.

Quanto a este último, duas importantes limitações foram realizadas: por um lado, excluíram-se os contratos aleatórios, e, por outro, definiu-se que esta doutrina apenas se aplicava aos contratos de trato sucessivo¹⁴⁰.

Relativamente aos pressupostos, para a alteração das circunstâncias ser relevante, esta tinha que ser: imprevisível, essencial, excessiva e inimputável ao sujeito que pretenda valer-se da alteração.

Começando pela imprevisibilidade, esta exige que as partes não possam ter previsto as alterações em causa; essencial na medida em que se o promitente pudesse ter tido conhecimento das alterações, não contratava; excessiva, pois deve traduzir-se, a alteração das circunstâncias, numa profunda transformação da economia do contrato, ao ponto de justificar a sua revisão ou rescisão; e inimputável ao sujeito que pretenda valer-se da alteração, impondo que este “não deve ter concorrido para a alteração das circunstâncias de facto que condicionam a sua aplicação”¹⁴¹.

Sobre os efeitos resultantes da aplicação da cláusula, também a doutrina, posterior aos pós-glosadores, se debruçou. Não obstante o debate gerado, é pacífico que era dada preferência à revisão contratual, apenas dando lugar à rescisão do contrato quando aquela não fosse suficiente para resolver a desproporção, eventualmente criada, entre as prestações¹⁴².

No que toca à fundamentação da cláusula “*rebus sic stantibus*”, não encontramos uma posição significativamente vincada de qualquer Autor. Muito provavelmente porque as preocupações com que estes se prendiam então eram mais práticas, na medida em que procuravam a solução mais justa, não se preocupando com a razão de ser da mesma. Além

¹³⁹ Desenvolveremos, com maior detalhe e ainda neste ponto, esta questão.

¹⁴⁰ MENOCHIO chega mesmo a defender a não aplicação desta cláusula aos contratos, afirmando a ilicitude de uma parte mudar a vontade em detrimento da outra. COCCEJO adota uma postura semelhante, mas não vai tão longe, na medida em que ressalva os casos em que a lei expressamente atribua eficácia à cláusula em questão. Apud ROCHA DE GOUVEIA, *Da Teoria da Imprevisão...*, p. 13.

¹⁴¹ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 21 a 23.

¹⁴² LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 24.

disso, a aceitação genérica da cláusula não tornava, por outro lado, urgente a procura do fundamento desta cláusula¹⁴³.

Chegados ao final do século XVIII e inícios do século XIX, assistimos, porém, ao declínio da doutrina da cláusula R. S. S.¹⁴⁴.

A sua imperfeição, pouca clareza e confusão com outras teorias, como por exemplo a do erro¹⁴⁵, motivaram a condenação da doutrina em estudo. Assim, na Alemanha, Autores como GROTIUS ou PUFENDOR foram começando a filtrar a dita cláusula, passando-se a utilizá-la cada vez menos, existindo até quem a combatesse, já para não falar daqueles que simplesmente a ignoravam¹⁴⁶. Em Itália, o código civil não continha, à imagem de França, referências à cláusula R. S. S., mas, de certo modo, a jurisprudência, ainda que rara, mantinha o instituto vivo. A alteração das circunstâncias viria, apenas, a ocupar de novo a mente dos juristas, anos mais tarde com a 1ª guerra mundial¹⁴⁷.

A discussão gerada pela doutrina em torno da cláusula “*rebus sic stantibus*” levou, no plano do direito positivo, à sua codificação por parte de alguns diplomas¹⁴⁸. Entre todos eles, cumpre, pela relevância que lhe foi atribuída, referir o Código Bavárico de Maximiliano de 1756 cujo nº 3 do § 12, título IV, capítulo 15, dispunha:

“Todos os vínculos contêm em si, tacitamente, a cláusula *rebus sic stantibus*; não serão, contudo, modificadas, através da alteração provada na obrigação, a não ser que se caia

¹⁴³ Não obstante, é possível apontar Autores que se preocuparam com esta questão. MANTICA, numa orientação objetiva, fundamentava a cláusula R. S. S. recorrendo ao conceito de lesão superveniente: só uma lesão superveniente, provocando, como já vimos, uma excessiva onerosidade, pode justificar a revisão ou rescisão da relação contratual. KOPP indica a teoria segundo a qual o contrato termina se o fim principal que as partes tiveram em vista, com a celebração deste, deixar de existir. Já WEBER afirma que a alteração superveniente tem que dizer respeito a um elemento essencial do contrato, ou seja, uma componente sem a qual o contrato perca a sua razão de ser. *Apud* LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria Da Imprevisão...*, p. 24 e 25.

¹⁴⁴ Em França, onde esta teoria nunca reuniu grandes adeptos, a sua decadência ocorreu logo a partir do século XVI. Nesse sentido, a jurisprudência francesa mostrou-se, como veremos, sempre clara, negando qualquer relevância, no direito civil, à alteração das circunstâncias, afeiçoada a uma regra rígida de respeito no cumprimento literal dos contratos. MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias, A Concretização do Artigo 437º Do Código Civil, À Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, Lisboa, 1987, p. 13 e 14.

¹⁴⁵ ANTUNES VARELA faz a distinção entre estas duas figuras, assinalando, como traço mais característico da cláusula “*rebus sic stantibus*”, quando comparada com o erro-nos-motivos, o facto de “a rescisão do contrato não estar adstrita à existência de uma expectativa errónea ou infundada do contraente prejudicado com alterações do meio exterior”. ANTUNES VARELA, *Ineficácias Do Testamento...*, p. 268 e ss.

¹⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 6ª Reimpressão, Almedina, 2015, p. 951.

¹⁴⁷ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 26.

¹⁴⁸ Ao contrário do tratamento dado pelo Código de Napoleão que, no culminar do espectro evolutivo da positivação da cláusula R. S. S., a relega por completo ou qualquer outro instituto que prossiga finalidades semelhantes. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 954.

nos três requisitos seguintes: 1. A alteração não ter sido provocada nem por mora, nem por culpa, nem por facto *debitoris*; 2. Não ser facilmente previsível; 3. Ter um tal alcance que, caso o devedor a tivesse conhecido de antemão, nunca se teria, segundo o parecer das pessoas apartidárias e honestas, colocado nessas circunstâncias, as quais, ainda segundo uma ponderação justa, devem ser ou totalmente suprimidas ou só adaptadas de acordo com a medida da alteração”¹⁴⁹.

Destarte assistimos, no século XIX, ao romper da unidade do pensamento jurídico europeu, com o advento das importantes codificações que, neste século, surgiram. Assim, e acompanhando o pensamento de MENEZES CORDEIRO, a exposição histórica do tema exige que seja feita numa análise comparada¹⁵⁰.

Como já tivemos oportunidade de referir, o Direito francês pautou sempre pela sua intransigência no que toca ao reconhecimento da relevância da alteração das circunstâncias¹⁵¹. Exemplo disso, como já adiantado, foi o silêncio do Código de Napoleão na matéria. Cabe, agora, perceber as razões que ditaram semelhante posição.

Comparando o reconhecimento de eficácia à alteração das circunstâncias junto dos tribunais alemães, com a posição, inversa, adotada pelos juízes franceses, é costume apontar os períodos de agitação que perpassaram a Alemanha nos últimos cem anos, enquanto fator distintivo. Porém, e como evidencia o professor MENEZES CORDEIRO, importa desfazer esta impressão, e, para isso, analisa a jurisprudência francesa resultante de épocas de convulsões

¹⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 953.

¹⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração...*, p. 13.

¹⁵¹ A posição desfavorável da doutrina quanto à alteração das circunstâncias, saiu vencedora, em 1876, do caso do Canal de Craponne, tornando-se num acórdão de referência relativo à força obrigatória dos contratos.

Em traços gerais, sucedeu-se o seguinte: em 1567, Adam de Craponne construiu um canal de irrigação em Pélissane, cuja manutenção ficou a cargo dos seus habitantes contra o pagamento de três *sols* por cada dois hectares irrigados pelos fazendeiros da comuna. Com o passar do tempo, a mencionada soma tornou-se irrisória e desproporcionada à manutenção do canal. Assim, os herdeiros de Adam de Craponne intentaram uma ação com vista ao seu aumento e o tribunal inferior concedeu-o. Os habitantes recorreram.

Baseado no art. 1134º do Código Napoleónico, que estatui que as convenções legalmente formadas valem como lei, o tribunal superior francês afirmou a força geral e absoluta da regra aí consagrada, e que se aplica, de igual forma, aos contratos cuja execução se estenda por períodos sucessivos. A cassação francesa defendeu, ainda, não ser, em situação alguma, da competência dos tribunais, ter em conta o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir, por novas cláusulas, ainda que por razões de equidade, acordos que foram livremente aceites pelos contratantes.

Assim, justificando que o tribunal inferior incorreu numa violação do art. 1134º, o *cour de cassation* francês cassou a decisão, daquele juízo, que concedeu um aumento da soma fixada em três *sols*.

Caso: D. 1876. 1. 193 *De Gallifet v. Commune de Pélissanne*.

francesas, como aquelas vividas durante as guerras franco-prussiana, de 1870 a 1871, bem como a primeira e a segunda guerra mundial.

Nesse sentido, a *Chambre de Commerce* de Seine, a 07 de dezembro de 1870, decidiu que as dificuldades de acesso a Paris, geradas pela guerra, não desvinculariam um fornecedor de açúcar das suas obrigações; assim como a decisão que, a 27 de março de 1871, resultou da *Chambre de Commerce* de Rouen, considerando que as dificuldades de fornecimento causadas pela invasão inimiga, ainda que complicassem a prestação, não desobrigavam o devedor enquanto fosse possível de cumprir com a obrigação.

Nos mesmos moldes, e já no decorrer da primeira grande guerra, decidiu a *Cassation Française*, a 04 de agosto de 1915, pela indemnização de uma costureira que tinha sido dispensada com o encerramento, devido ao conflito militar, de um estabelecimento, considerando-o injustificado; o mesmo tribunal, a 21 de dezembro de 1916, determinou a inalterabilidade de um contrato de fornecimento de rum, ainda que o preço deste tenha aumentado com a guerra, apontando os mesmos argumentos que os do já mencionado caso do Canal de Craponne, ou seja, não cabe ao tribunal, sob pretexto da equidade, corrigir os efeitos da sorte, acrescentando que, ainda assim, não era équo evitar perdas dos vendedores às custas dos compradores.

No decorrer da segunda guerra mundial, veio a *Cour de Cassation*, a 20 de março de 1941, considerar como injustificada, afirmando que não se podia falar em impossibilidade, a rescisão de um contrato de prestação de serviços, celebrado na área dos seguros de vida, com o fundamento de que a área em causa era impraticável devido à guerra¹⁵².

Apesar destes períodos socialmente conturbados, a jurisprudência não tremeu, preferindo o cumprimento rigoroso do princípio *pacta sunt servanda*, consagrado no art. 1134º¹⁵³.

¹⁵² MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 957 a 959.

¹⁵³ Dispõe o art. 1134º do *Code Civil* de 1804 que:

1. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites. 2. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. 3. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Mais à frente, nos arts. 1147º e 1148º, dispõe-se que a responsabilidade civil pelo incumprimento é excluída, apenas, em caso fortuito ou de força maior.

Art. 1147º do *Code Civil* de 1804:

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Art. 1148º do mesmo diploma:

Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

Conclui MENEZES CORDEIRO, perante a sua análise jurisprudencial, que o bloqueio à eficácia da alteração das circunstâncias se deve a uma rigidez dogmática do pensamento jurídico francês¹⁵⁴. Porém, outras justificações têm sido aventadas. MARCEL PLANIOL, juntamente com GEORGES RIPERT, explica que, nas situações acima descritas, os tribunais recearam que a introdução de um sistema onde fosse possível, de forma geral, uma revisão dos contratos, desse azo a má fé e dificultasse, em períodos sensíveis, a economia do país¹⁵⁵.

Tamanha rigidez exigiu, necessariamente, a dada altura, outras soluções. Assim, surgiram duas saídas: uma legislativa e outra através da teoria da imprevisão do direito administrativo francês¹⁵⁶.

No plano legislativo, confrontado com agitações políticas, económicas e sociais, o legislador adotou medidas excecionais, de forma a atenuar a intangibilidade austera das convenções, ficando o conjunto dessas normas conhecido como “Legislação de Guerra”¹⁵⁷.

Passando, agora, à segunda saída, em virtude da necessidade de assegurar o interesse geral, invocado para garantir o funcionamento, pelo menos regular, de um serviço público, os tribunais administrativos viram-se forçados a contornar o conceitualismo exegético, adotando, para isso, a teoria da imprevisão. Possibilitou-se, desta forma, a modificação de contratos cujo equilíbrio económico foi perturbado pelas circunstâncias anormais vividas. A doutrina em causa exige que a alteração das circunstâncias vigentes à data da celebração do contrato seja imprevisível e, além disso, atinja, de forma radical, as condições contratuais que as partes acordaram¹⁵⁸.

¹⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração...*, p. 14.

¹⁵⁵ MARCEL PLANIOL & GEORGES RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tome VI (6), Obligations, Première Partie, Paris, Librairie Générale de Droit et De Jurisprudence, 1952, p. 528 e ss. (nº 392).

¹⁵⁶ Neste direito apenas encontramos aplicação material da teoria da imprevisão no ramo administrativo francês; não obstante, em Portugal, o termo “imprevisão” foi usado correntemente, antes da entrada do código de 1966, para referir a projeção da alteração das circunstâncias. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 955.

¹⁵⁷ A título exemplificativo, surgiu, em 1918, sob o desígnio de “*Lei Failliot*”, em honra ao autor do seu projeto. NELSON BORGES, *Da Cláusula “Rebus Sic Stantibus” À Teoria da Imprevisão*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 73.

¹⁵⁸ Paradigmaticamente, costuma-se referir, como marco jurisprudencial desta figura em França, o *affair du gaz de de Bordeaux*, que, de forma sucinta, passaremos a relatar: em 1904, a companhia geral de iluminação de Bordéus, celebrou, por trinta anos, um contrato de concessão relativo ao fornecimento de gás e eletricidade para a mencionada cidade, segundo determinadas tarifas. Contudo, em 1914, assistimos à alta do carvão e, consequentemente, a companhia em causa não conseguia assegurar o serviço público nas condições previstas no contrato de concessão.

O Conselho de Estado afirmou que, em princípio, o contrato de concessão regula de maneira definitiva e que as mudanças dos preços integram a aleatoriedade própria do contrato. No entanto, dada a circunstância extraordinária provocada pela guerra, e a necessidade de assegurar o interesse geral, concluí, a referida identidade, que a concessionária apenas deveria suportar a superveniência na parte razoável, tendo em conta o contrato.

Recentemente, o conceito *économie du contrat* começou a ganhar terreno. A economia do contrato é considerada como o parâmetro contratual segundo o qual podem ser mantidos os contratos úteis, ao passo que outros são resolvidos ou adaptados para revigorar o seu sentido económico e social¹⁵⁹. Não obstante, e apesar dos debates entre a dificuldade no cumprimento e a alteração superveniente das circunstâncias, a jurisprudência francesa continua a negar a adaptação nos contratos de cariz privatístico.

Porém, mudanças significativas são visíveis na *Ordonnance* n° 2016-131, que, numa ampla reforma das matérias relativas ao direito dos contratos, alterou o Código de Napoleão. Entre as revisões operadas, é de destacar a atenuação do princípio da força obrigatória dos contratos; bem como a introdução da possibilidade de exoneração contratual de uma das partes por via da imprevisibilidade, e não só, como era até então, em caso fortuito ou de força maior¹⁶⁰.

Na Alemanha, por volta do século XIX, WINDSCHEID procurou responder ao problema da alteração superveniente das circunstâncias através do que denominou de teoria da pressuposição (*Voraussetzung*)¹⁶¹.

Para o Autor em questão, a declaração negocial é querida sob determinada pressuposição quando é realizada sob a fundamental convicção de que se podem vir a manter, posteriormente, certas circunstâncias existentes no momento da sua emissão, assim como quando se é movido pela crença, essencial também, de se verificarem certos factos, quer sejam presentes, passados ou futuros. Assim, e segundo ANTUNES VARELA, podemos

A decisão em causa, adotada pelo Conselho de Estado, abriu caminho pelo qual, jurisprudências administrativas posteriores, enveredaram. Conforme a PAIVA BRANDÃO, “*Considerações Sobre o Problema da Imprevisão*”, in Boletim Da Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra – Suplemento ao vol. XVII, p. 244 e ss.

¹⁵⁹ HANNES RÖSLER, “*Hardship in German Codified Private Law - in Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*”, in *European Review of Private Law*, vol. 15, n° 4, 2007, p. 501.

¹⁶⁰ O novo art. 1103° reproduz, quase na íntegra, o teor do antigo art. 1134°: “*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*”.

Porém, elimina-se o n° 2 do mencionado art. 1134°, onde se constava que o contrato apenas podia ser revogado por mútuo consentimento ou por causas que a lei autorizasse; enquanto que o antigo art. 1134° n° 3 dispunha que os acordos deveriam ser executados de boa fé, o recente art. 1104° dispõe: “*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*”, estendendo, assim, o critério da boa fé à negociação e formação das convenções.

¹⁶¹ MENEZES LEITÃO, *Direito Das Obrigações*, vol. II, Transmissão e Extinção Das Obrigações, Não Cumprimento E Garantias Do Crédito, 12ª edição, reimpressão, Almedina, 2018, p. 132.

definir a pressuposição como a conexão psicológica¹⁶² que existe entre a declaração emitida e as circunstâncias tidas como certas pelo declarante. Caso estas não existissem, a vontade negocial não se teria formado¹⁶³. A pressuposição, será, assim, uma condição não desenvolvida (*ein unentwickelte Bedingung*), uma autolimitação da vontade do declarante não suficientemente maturada para se transformar numa condição¹⁶⁴.

Não obstante, impõe-se que, nos negócios entre vivos, a pressuposição seja reconhecível pelo destinatário da declaração, à data do negócio; e, nos negócios mortis causa, que a pressuposição seja reconhecível, apenas, para o julgador, no momento em que este aprecia a sua eficácia. Porém, não é necessário encontrar nenhum apoio desta convicção, no texto da disposição testamentária, nem nos factos do negócio¹⁶⁵.

WINDSCHEID defende, ainda, que há certos fins pressupostos implicitamente, podendo-se entender, eles próprios, como pressuposição. A estes, o Autor denomina-os de “primeiros intentos”, isto é, os essenciais à declaração de vontade, ou seja, os fins colocados antes de todos e aos quais a vontade se dirige diretamente¹⁶⁶.

A teoria da pressuposição, não obstante reunir adeptos por um lado, e críticos por outro, encontrava-se, e apenas na vertente de pressuposição de futuro, no primeiro projeto do BGB no § 742º: “Aquele que realizar uma prestação sob a pressuposição, expressa ou tacitamente declarada, da verificação ou não verificação de um acontecimento futuro ou de um efeito de direito, pode exigir a restituição ao destinatário, caso a pressuposição não se realize”¹⁶⁷.

Porém, o parágrafo em questão não chegou a integrar o projeto final. Na realidade, na própria justificação de motivos do projeto, conseguimos perceber que esta doutrina não reuniu a força e o apoio necessário que permitisse elaborar, sem qualquer hesitação, disposições legais sobre ela¹⁶⁸. Além disso, as críticas dirigidas por LENEL foram decisivas

¹⁶² O fundamento, para WINDSCHEID, da pressuposição é de natureza psicológica. Não se trata de um simples motivo, mas esta é a verdadeira fonte que determina a realização do ato. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria Da Imprevisão...*, p. 60.

¹⁶³ Para este Autor, o caso da pressuposição é semelhante ao do contraente que condiciona a eficácia do negócio à ocorrência de determinadas circunstâncias. No entanto, continua o Autor, estas hipóteses distinguem-se. Enquanto que na pressuposição, o pressuponente, dá como certa e segura a verificação do evento pressuposto, no outro cenário o declarante duvida que a circunstância se verifique e, por isso, condiciona o negócio. ANTUNES VARELA, *Ineficácias do Testamento...*, p. 273 e 274.

¹⁶⁴ NELSON BORGES, *Da Cláusula*, p. 31.

¹⁶⁵ ANTUNES VARELA, *Ineficácias do Testamento...*, p. 275.

¹⁶⁶ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 61

¹⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 973.

¹⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 971 e 972.

para este desfecho. Primeiro, o Autor, questionando o porquê de não ter sido incluída a pressuposição de passado e a de presente no preceito proposto, recorda que a doutrina de WINDSCHEID, assentando num só princípio, ou está totalmente certa ou totalmente errada. Em nenhuma situação se poderia aceitar, conforme o arrazoado, a receção parcial desta teoria. Num segundo plano, LENEL afirma que não se consegue distinguir a pressuposição de WINDSCHEID dos meros motivos. Nesse sentido, defende que será suficiente inserir uma condição, sujeita à aceitação da contraparte, para quem, ao realizar um negócio, tenha dúvidas quanto às bases em que este assenta; ao passo que o esquema *windscheidiano*, implica submeter, uma das partes, a uma condição que não aceitou. Porventura, poderá a parte em causa, nem sequer ter tido conhecimento da pressuposição do declarante, uma vez que a eficácia desta depende, apenas, da mera cognoscibilidade da contraparte, não do acordo entre os contraentes; ou então, conhecendo-a, pode a contraparte não a fazer depender da conclusão do negócio, por considerar ser um assunto particular da outra parte¹⁶⁹.

LENEL conclui, desta forma, que não há um meio termo entre os motivos e a condição, uma vez que a pressuposição atribui excessiva relevância aos motivos em detrimento das justas expectativas do declaratório, bem como da segurança no direito, e por estas razões, acabou suprimido, o § 742º, na segunda leitura do projeto¹⁷⁰.

Perante a rejeição da doutrina de WINDSCHEID, procuraram-se novas soluções, surgindo, em 1921, a teoria da base do negócio por PAUL OERTMANN¹⁷¹. Segundo este, “*la voluntad constitutiva de un negocio jurídico puede ir encaminada a que el resultado del mismo no se obtenga en todo caso, sino solamente se se dan determinadas circunstancias especiales*”¹⁷². É uma posição que comporta estreita afinidade com aquela defendida por WINDSCHEID, na medida em que, ao admitir uma pressuposição unilateral, dela parte para o desenvolvimento nos contratos bilaterais¹⁷³.

A base do negócio (*geschäftsgrundlage*) consiste, então, na parte psicológica do negócio que leva uma pessoa a contratar e que deve ser do conhecimento da contraparte,

¹⁶⁹ O exemplo escola é ilustrado pelo autor: um sujeito, uma vez que a sua filha se ia casar, comprou um enxoval. No entanto, o noivado desfaz-se e, apesar do vendedor saber do objetivo do comprador, o contrato celebra-se, uma vez que a eficácia do negócio não estava dependente, pelo facto de o vendedor saber das intenções do comprador, à realização do matrimónio. LENEL, Apud MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 974, nota 271.

¹⁷⁰ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 973 a 975.

¹⁷¹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, p. 132.

¹⁷² PAUL OERTMANN, *Introducción al Derecho Civil*, Traducción de la 3ª edición Alemana por LUIS SANCHO SEREAL, Editorial Labor, S. A.: Barcelona-Buenos Aires, 1933, Capítulo V, § 52, p. 289.

¹⁷³ NELSON BORGES, *Da Cláusula...*, p. 40.

mediante notificação ou resultar evidente do contexto da contratação; ou, como ANTUNES VARELA afirma, simplificando, “na representação psicológica duma das partes, reconhecida e não contestada pela contraparte, ou na representação comum aos vários interessados no negócio, acerca da existência ou do advento de determinadas circunstâncias, sobre a base das quais se constrói a vontade do agente”¹⁷⁴.

Se a representação psicológica que o declarante pressupôs não se configurar, devemos entender que a nova situação não representa a vontade real das partes, ou pelo menos de uma delas, justificando, assim, a exoneração ou modificação contratual, em razão do desvirtuamento da primitiva base negocial¹⁷⁵.

OERTMANN entende que a teoria, por ele proposta, encontra consagração legal no § 242º do BGB onde, sob a epígrafe “*Leistung nach Treu und Glauben*”, se lê: “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”, ou seja, o devedor obriga-se, apenas, dentro dos limites da boa fé. Consequentemente, seria contrário aos princípios propugnados por esta, que as partes persistissem no cumprimento contratual, sabendo que a base negocial se tinha alterado^{176/177}.

Contudo, a teoria apresentada por OERTMANN não foi alheia a críticas. Pegando, assim como fizeram com a pressuposição de WINDSCHEID, na índole subjetivista impressa à base do negócio, ataca-se a amplitude que esta permite, uma vez que, aos olhos daquele Autor, bastava que uma das partes reconhecesse determinadas circunstâncias elementares,

¹⁷⁴ ANTUNES VARELA, *Ineficácias do Testamento...*, p. 286.

¹⁷⁵ NELSON BORGES, *Da Cláusula...*, p. 41.

¹⁷⁶ ANTUNES VARELA, *Ineficácias do Testamento...*, p. 287.

¹⁷⁷ Importa distinguir alguns conceitos em torno da base do negócio de OERTMANN. Desde logo, os fundamentos de um negócio são, como MENEZES CORDEIRO indica, menos que os motivos, uma vez que estes não conduzem um sujeito à decisão de contratar, tendo, quanto muito, relevância negativa, isto é, sem eles a parte não teria concluído o negócio. Além do mais, ao passo que o motivo é algo unilateral, os fundamentos do negócio são comuns às partes do contrato. Por outro lado, os motivos representam uma realidade do mero foro psicológico, relacionando-se, apenas, com a declaração negocial e não com o contrato no seu todo.

Difere da pressuposição de WINDSCHEID, em primeiro lugar, na medida em que esta é unilateral, bastando ser cognoscível pela contraparte, ao invés da base do negócio que requer o acordo de ambos os contraentes; em segundo lugar, enquanto que a pressuposição se traduz numa autolimitação da vontade, ligando-se ao lado psicológico do negócio, a base do negócio projeta a representação sobre a qual se formaria a vontade das partes.

Distingue-se ainda, a base do negócio, da cláusula “*rebus sic stantibus*”. Esta integra o próprio contrato, aquela é uma representação das partes sobre a qual se forma a vontade em contratar. Acresce, ainda, que a cláusula visa somente alterações de futuro, enquanto que a base do negócio alcança, igualmente, a não conformidade deste com circunstâncias presentes e passadas.

Conforme MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, p. 1033 e 1039 a 1040.

presentes ou futuras, como importantes sem que a outra parte as refutasse¹⁷⁸, para que a desvinculação da obrigação assumida pudesse ocorrer, face à alteração das circunstâncias¹⁷⁹.

A crítica ao subjetivismo oertmaniano resultou em concepções objetivas da base do negócio. Assim, surgiu na Alemanha, a teoria do fim negocial (*Geschäftszweck*) de EUGEN LOCHER¹⁸⁰.

Conforme a teoria exposta anteriormente, a base do negócio diz respeito aos elementos voluntaristas das circunstâncias sobre as quais se assenta a vontade negocial do declarante. No entanto, LOCHER, com o intuito de corrigir certos aspetos desta teoria, exclui da base do negócio todas as circunstâncias que são estranhas ao fim visado pelo declarante, e, desta forma, a imagem que a última parte da noção dada por OERTMANN nos oferece, não pode ser outra senão a de um juízo lógico, emitido pelo declarante, sobre a essencialidade objetiva de determinadas circunstâncias na prossecução do fim visado com a celebração do negócio¹⁸¹. A base do negócio seria, assim, constituída pelas “circunstâncias necessárias para a obtenção do fim negocial¹⁸² com os meios negociais”¹⁸³.

Afastando a justificação legal de OERTMANN, o Autor defende que a sua posição se enquadra no § 812º, 1, 2 do BGB: “(1) *Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt; (2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.*”, ou seja, surge a obrigação de restituir a prestação efetuada caso o efeito visado com a prestação, segundo o conteúdo do negócio jurídico, não se verificar¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Critica-se, neste sentido, o facto de a eficácia do negócio estar dependente de uma atitude passiva do declaratório, isto é, do seu silêncio, uma vez que este não implica, em todos os casos, a aceitação da revisão ou da rescisão do negócio. Caso o declarante realizasse qualquer proposta nesse sentido, na maior parte dos casos, o mais certo seria o declaratório a repudiar, ainda que o negócio não se efetivasse. A não ser assim, e nos dizeres de ANTUNES VARELA, “a solução oertmaniana obrigaria o declaratório a acautelar-se contra todas as representações, que soubesse terem influenciado a vontade do declarante, sob pena de não ter assegurada a eficácia definitiva do negócio”. ANTUNES VARELA, *Ineficácia do Testamento*, p. 291 e ss.

¹⁷⁹ NELSON BORGES, *Da Cláusula...*, p. 41.

¹⁸⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, p. 133.

¹⁸¹ ANTUNES VARELA, *Ineficácias do Testamento...*, p. 296 e ss.

¹⁸² O fim a ter em conta não é um fim particular, mas antes um fim negocial, ou seja, uma finalidade que é desejada pela parte e, não tendo sido repudiado pela contraparte, ingressa no próprio conteúdo do negócio. ANTUNES VARELA, *Ineficácias do Testamento...*, p. 298 e 299.

¹⁸³ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, p. 133.

¹⁸⁴ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 64.

No pensamento de MENEZES CORDEIRO, a teoria de LOCHER leva-nos ao espaço de OERTMANN, mas com inconvenientes: “o fim do contrato, é, apenas, um dos elementos a poder ser perturbado por alterações subsequentes, em termos de exigir solução jurídica, enquanto que, num prisma subjetivista esse mesmo fim seria tão só, um dos sectores em que, na conclusão, as partes poderiam exprimir o seu apego, de modo a constituir “pressuposição”, “base” ou fórmula similar”; recordando ainda que, apesar das tentativas de objetivar a sua construção, acaba por conceder um papel às representações das partes, ainda que de forma negativa, de maneira a delimitar o fim da base negocial¹⁸⁵.

Acresce o facto de a teoria locheriana cair, por vezes, em resultados indesejáveis, como o exemplo dado por HEINRICH RHODE, onde a finalidade negocial do contrato foi satisfeita e não foi afetada pela alteração das circunstâncias, mas conduziu a um enriquecimento injusto¹⁸⁶.

Perante as conceções subjetivas e objetivas sobre a base do negócio, LARENZ formulou, em 1951, uma teoria onde sugere a distinção entre estas duas conceções, assentando a sua doutrina no facto de considerar que a base do negócio pode revestir dois aspetos. Desta forma, poder-se-ia falar numa base subjetiva da determinação da vontade e numa base objetiva do contrato. A primeira traduzir-se-ia na “representação mental existente em ambas as partes, ao concluírem o negócio, e que influenciou grandemente a formação dos motivos”; ao passo que a segunda seria constituída pelo “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência os contratos pressupõem (saibam-no ou não os contraentes), já que, a não ser assim, não se lograria o fim do contrato”¹⁸⁷.

Relativamente à base subjetiva, considera o Autor, uma vez suprimidos os fundamentos do contrato que ambas as partes aceitaram, que seria contrário à boa fé que uma delas exigisse à outra a execução do contrato conforme estabelecido no momento da sua celebração, ou seja, inalterado. Quanto à base objetiva, o ilustre jurista distingue dois grupos de situações. O primeiro reporta-se às perturbações na equivalência das prestações.

¹⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé...*, p. 1041.

¹⁸⁶ Com o intuito de assistir a uma reunião de família, um indivíduo arrenda um quarto de hotel, localizado nas proximidades da residência do parente. Além do preço normal, paga um suplemento em virtude de, no mesmo dia, dever realizar-se, no mesmo hotel, um congresso ao qual o indivíduo não tem interesse em participar.

Caso o congresso não se venha a realizar, e que o hoteleiro, por essa razão, fique obrigado a devolver o suplemento pago pelos hóspedes que projetaram assistir ao congresso, seria de todo injusto que o mesmo dever não recaísse sobre o indivíduo que não realizou semelhante projeção.

Conforme ANTUNES VARELA, *Ineficácias do Testamento...*, p. 301.

¹⁸⁷ LUIS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 66.

Em virtude de acontecimentos supervenientes, a relação existente entre o valor da prestação com a contraprestação, alterar-se-ia, ultrapassando o risco normal do contrato. O segundo conjunto de hipóteses trata da frustração do escopo contratual, isto é, a finalidade contratual tornar-se-ia impossíveis, em condições inimputáveis, a título de risco, a qualquer uma das partes¹⁸⁸.

Sobre esta posição, LUÍS CARVALHO FERNANDES considera que, na distinção operada por LARENZ, a realidade é a mesma em ambos os casos, e por isso injustificada. Sustenta o Autor que a única diferença se prende com o facto de este exigir, em alguns casos, que as partes representem mentalmente certo pressuposto a que subordinam o negócio, enquanto noutros, é suficiente o facto de se alterar o estado da arte para que o contrato seja afetado por essa modificação¹⁸⁹.

Duvida-se, desta forma, que seja possível distinguir entre uma base negocial objetiva de uma base negocial subjetiva, uma vez que estas são indissociáveis. Na determinação de qualquer uma das bases, concorrem elementos objetivos e subjetivos: na base objetiva, é necessário determinar se existe uma perturbação, ou não, na equivalência das prestações ou se os escopo contratual se frustrou; na base subjetiva, recorrer a intenções e pressuposições comuns é impossível sem a introdução de critérios objetivos¹⁹⁰.

No direito italiano, apesar de, durante vários séculos, os juristas se terem mostrado favoráveis à cláusula “*Rebus Sic Stantibus*”, nomeadamente no período dos pós-glosadores, a influência do código de Napoleão viria a trazer mudanças neste cenário jurídico, dando início ao “ping-pong” entre aceitação e repúdio da relevância da alteração das circunstâncias. Assim, o código civil italiano, em 1865, dispôs, no art. 1123º, que os contratos reuniam, entre as partes, força de lei, rejeitando a teoria da imprevisão. Não obstante, doutrinadores realizaram pressão no sentido de implementar a mencionada doutrina, recorrendo, para isso, a preceitos do código italiano, máxime o art. 1124º, ao consagrar que “os contratos devem ser executados de boa fé e obrigam não só a quanto está neles expresso, mas ainda a todas as consequências que, segundo a equidade, o uso ou a lei deles derivam”¹⁹¹.

¹⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 1046 e 1047.

¹⁸⁹ LUIS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 69.

¹⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 1048 e ss.

¹⁹¹ NELSON BORGES, *Da Cláusula...*, p. 74.

Muito por influências alemãs, o tema da alteração das circunstâncias reacendeu-se no espaço jurídico italiano, tendo, a jurisprudência, consagrado, através da *cassazione de Torino*, a 16/08/1900, a cláusula R. S. S.; mas foi no período da primeira grande guerra, que este assunto teve orientações decisivas. Perante as dificuldades contratuais geradas pelo conflito militar, a jurisprudência italiana, num mote similar ao francês, não tremeu, apontando o caso fortuito, associado à impossibilidade absoluta, como único meio de exoneração do devedor, rejeitando qualquer reconhecimento liberatório assente em teses de alteração das circunstâncias¹⁹².

Só nos anos 40 do século passado, é que, por fim, o panorama se estabilizou. Com a entrada em vigor do atual código civile italiano de 1942, a lei da “bota da europa” consagrou, nos arts. 1467º a 1469º a superveniência contratual¹⁹³.

Segundo MENEZES CORDEIRO, o código civil italiano adotou uma via própria: não recorreu aos parâmetros da cláusula “*Rebus Sic Stantibus*” do Direito Comum, não abraçou a imprevisão administrativa francesa, nem apadrinhou nenhuma construção alemã sobre o tema. Acolheu, antes, um conceito de onerosidade excessiva (*eccessiva onerosità*)¹⁹⁴. No entanto, e apesar de alguns protestos doutrinários, foi, esta noção, interpretada pela jurisprudência italiana como uma consagração do conceito de pressuposição de WINDSCHEID. Assim, tendo em consideração esta particularidade, não podemos, em boa

¹⁹² Perante este quadro, o legislador sentiu-se na obrigação de intervir, de forma a flexibilizar a rigidez adotada pela doutrina e jurisprudência, promulgando vários diplomas no sentido de resolver os problemas contratuais que o conflito bélico colocou, abrindo caminho à sua resolução ou modificação. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 980 e ss.

¹⁹³ Art. 1467.º *Contratto con prestazioni corrispettive:*

Nei 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.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Art. 1468.º *Contratto con obbligazioni di una sola parte*

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Art. 1469.º *Contratto aleatório*

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti.

¹⁹⁴ Com base numa conceção largamente difundida em Itália, a excessiva onerosidade, terá por base a rutura da relação sinalagmática da equivalência entre prestações. PAOLO GALLO, *Sopravvenienza Contrattuale E Problemi Di Gestioni Del Contratto*, Millano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 182 e ss.

verdade, falar de um progresso especial, na aplicação, pelos tribunais de Itália, do art. 1467º, da teoria da alteração das circunstâncias¹⁹⁵.

O princípio *pacta sunt servanda* sempre encontrou acolhimento pacífico no direito inglês. Desta forma, a desvinculação contratual, com base na ocorrência de qualquer evento extraordinário e imprevisível, que viesse a alterar as circunstâncias sobre as quais as partes celebraram o contrato, não era admitida. Rejeitada era, até, a noção de caso fortuito ou força maior em virtude de ação humana, como exemplifica o caso *Paradine v. Jane* de 1647¹⁹⁶.

Neste campo, a única flexibilidade visível era, apenas, a que a doutrina do “*Act of God*” permitia, fazendo referência a situações imprevisíveis causadas pela natureza, como, por exemplo, furacões ou maremotos. Só em 1863, a partir do caso *Taylor v. Caldwell*, é que começaram a procurar soluções no sentido de libertar o devedor da sua obrigação em casos de imprevisão. Surge, neste seguimento, a já mencionada doutrina da frustração do contrato, ao referirmos o histórico “*coronation case*”. Segundo a conceção desta doutrina: “*(F)rustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract*”¹⁹⁷.

Em Portugal, no decorrer das ordenações filipinas, para surpresa de ninguém, em razão da influência exercida por ordenamentos estrangeiros contemporâneos à época, dispunha o livro IV: “fazendo-se compra e venda de alguma certa *cousa* por certo preço, depois que o contrato *he* acordado e firmado pelas partes, não se pode mais alguma delas arrepender sem o consentimento da outra. Porque, tanto que o comprador e o vendedor são acordados na compra e venda de alguma certa *cousa* por certo preço logo o contrato *he*

¹⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração...*, p. 16; ver ainda, do mesmo autor, *Da Boa Fé...*, p. 982 e 1100 e ss.

¹⁹⁶ Não obstante ter sido privada, durante alguns anos, de uma propriedade sobre a qual exercia um direito de propriedade, enquanto arrendatária, em razão de uma invasão militar de um inimigo do Rei da Inglaterra, Jane acabou por ser condenada ao pagamento da renda devida a *Paradine*. *PARADINE V. JANE* [1647] EWHC KB J5.

¹⁹⁷ RICHARD BACKHAUS, “*The limits of the duty to perform in the Principles of European Contract Law*”, in *European Journal Of Comparative Law*, vol. 8.1 (2004), p. 7.

perfeito e acabado”. Era, assim, nítida a opção pelo princípio *pacta sunt servanda*¹⁹⁸, desconhecendo, a lei portuguesa deste período, a cláusula “*Rebus Sic Stantibus*”¹⁹⁹.

Nos trabalhos preparatórios do Código de Seabra, o tema da alteração das circunstâncias acabou por não ser discutido, sendo, as disposições consagradas, por influência do Código Napoleónico, avessas ao reconhecimento do instituto, pautando, em vez disso, a pontualidade do cumprimento²⁰⁰. Ventos culturais, oriundos de ordenamentos estrangeiros, é que levaram a doutrina portuguesa a debater-se sobre o tema, gerando, entre ela, várias orientações que se desenvolveram ao longo dos anos, até à publicação do atual código civil português²⁰¹.

As primeiras vozes que se fizeram sentir, foram no sentido contrário à aceitação da eficácia da alteração das circunstâncias. Apoiados no silêncio do Código de Seabra, sustentaram o respeito pelo cumprimento contratual, tomando, esta alteração, como irrelevante²⁰².

Numa outra linha, concedia-se, em casos excepcionais, relevância à alteração das circunstâncias. Nesse sentido, BARBOSA DE MAGALHÃES, partindo do art. 702º do Código de 1867, sobretudo na parte relativa ao mútuo consentimento das partes, sustentava que, ocorrendo uma alteração das circunstâncias, este desapareceria e, conseqüentemente, o

¹⁹⁸ Vindo, o art. 702º do código civil de 1867, preceituar: “Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salva as exceções especificadas na lei”.

¹⁹⁹ Além disso, o princípio segundo o qual os contratos, quando perfeitos, não podem ser revogados por, apenas, um dos contraentes, perpassa por todas as ordenações. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 148.

²⁰⁰ O devedor, apenas por caso fortuito ou força maior, poderia liberar-se da obrigação, segundo o art. 705º: “O contraente, que falta ao cumprimento do contrato, torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por (...) força maior, ou por caso fortuito, para o qual de modo nenhum haja contribuído”.

Só em 1930, introduzido pelo decreto-lei nº 19/126, vemos rasgos da eficácia da alteração das circunstâncias, reconhecida, e em termos excepcionais, pelo art. 1401º, parágrafo único, em sede de empreitada. Segundo este: “Se esse aumento (o do preço) exceder 20 por cento e resultar da desvalorização da moeda, o empreiteiro terá o direito de rescindir o contrato, desde que o dono da obra se não queira sujeitar a indemniza-lo por esse excesso; no caso inverso o mesmo direito assiste o dono da obra”. Conforme AMILCAR FREIRE DOS SANTOS, “*A Teoria Da Imprevisão No Direito Privado*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 10, nº 3 e 4, 1950, p. 272; e ROCHA GOUVEIA, *Da Teoria da Imprevisão...*, p. 171 e 172.

²⁰¹ MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração...*, p. 22.

²⁰² Entre eles, VAZ SERRA, “*Caso Fortuito Ou De Força Maior E Teoria Da Imprevisão*”, in Boletim Da Faculdade De Direito, ano 10, 1926-1928, p. 192 a 215 (máxime, 214); contudo, o Autor viria, mais tarde, a mudar a sua posição. Conforme a VAZ SERRA, “*Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração Das Circunstâncias*” in Boletim do Ministério da Justiça, nº68, 1957, p. 380; e AMILCAR FREIRE DOS SANTOS, “*A Teoria da Imprevisão...*” p. 244 a 277.

contrato²⁰³. Pela via do conceito de caso fortuito, foram outros autores, propugnando a extensão deste²⁰⁴.

As concepções alemãs chegaram, igualmente, a Portugal: a pressuposição de WINDSCHEID foi defendida por autores como GUILHERME MOREIRA e JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO²⁰⁵; LUÍS CABRAL DE MONCADA, rejeitando a pressuposição nos moldes do seu criador, defende que esta só poderia releva caso se verifique que ela constitui a base negocial evidente do negócio jurídico²⁰⁶; mais tarde, e ao contrário deste último Autor, ANTUNES VARELA e VAZ SERRA, adotam o conceito de base de negócio em termos diretos²⁰⁷.

Qualquer que seja a posição adotada sobre a matéria no direito privado, uma coisa é certa: à semelhança das necessidades sentidas pelo direito administrativo francês, sentiu o legislador português, do mesmo ramo legal, perante a primeira grande guerra, a necessidade de promulgar vários decretos inspirados pela teoria da imprevisão, de forma a combater matérias específicas que se foram sentindo, nomeadamente a necessidade de conseguir providenciar o fornecimento regular e contínuo de serviços públicos²⁰⁸. Assim, vários autores, como LUÍS CARVALHO FERNANDES e MARCELO CAETANO, veem nesta, apesar da teoria se reduzir a decretos para solucionar questões pontuais, um princípio geral para os contratos de natureza administrativa²⁰⁹. ROCHA DE GOUVEIA chegou mesmo a sustentar a

²⁰³ BARBOSA DE MAGALHÃES, “A Teoria Da Imprevisão E O Conceito Clássico De Força Maior”, in *Gazeta Da Relação De Lisboa, Revista Critica Dos Tribunais*, ano 37, nº9, 1923, p. 129 e ss.

²⁰⁴ CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, vol. IV, p. 531 a 534.

²⁰⁵ GUILHERME MOREIRA, *Instituições...*, I, p. 496 e ss.; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Das Cláusulas Acessórias Dos Negócios Jurídicos*, vol. 2: Termo; Modo; Pressuposição; Coimbra: Imprensa Da Universidade, 1910, p. 170 e ss.

²⁰⁶ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições De Direito Civil: parte geral*, 4ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 392 e ss.

²⁰⁷ ANTUNES VARELA, *Ineficácias Do Testamento...*, p. 323 e ss.; VAZ SERRA, “*Resolução ou Modificação...*”, p. 308 e ss.

²⁰⁸ O diploma pioneiro, para estes efeitos, foi o decreto nº 1536 de 27 de abril de 1915, permitindo aos fornecedores do Estado o direito de pedir a modificação dos contratos cujo cumprimento total seja tão difícil ao ponto de apenas ser possível através de sacrifícios inoportáveis; outros decretos se lhe seguiram, nomeadamente o decreto nº 4076 de 10 de abril de 1918, estabelecendo, relativamente aos adjudicatários de obras públicas do Estado, a relevância da excessiva dificuldade em cumprir, permitindo a revisão dos contratos em vista a conceder uma indemnização, nas hipóteses em que o preço dos materiais empregados tivesse elevado dez por cento e, em consequência, resultasse um prejuízo superior a cinco por cento do valor da obra; pelas mesmas razões surgiu, a 18 de Março de 1938, a Lei nº 1965, autorizando o governo a facultar às empresas do setor ferroviário, a cobrança de um valor adicional, não superior a um por cento, sobre todo o tráfego, à exceção do relativo a farinha e trigo, enquanto se mantivesse o aumento do preço do carvão e metais relativamente ao seu custo em 1936. LUIS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 233 e 234.

²⁰⁹ LUIS CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão...*, p. 235. Contra estes, porém, apresenta-se PAIVA BRANDÃO que, apesar de reconhecer que os mencionados decretos foram influenciados pela teoria da imprevisão, considera não podermos generalizar diplomas que tiveram por objetivo resolver questões específicas. PAIVA BRANDÃO, “*Considerações Sobre...*”, p. 256 e ss.

aplicação da teoria da imprevisão ao direito civil, em virtude da sua admissão no direito administrativo²¹⁰.

Esta evolução permitiu perceber que, mesmo não estando positivada, a alteração das circunstâncias reclamava a intervenção do direito, surgindo como um imperativo da justiça contratual²¹¹.

Assim, e pelo acolhimento que as teorias alemãs receberam entre os autores portugueses, em particular as teorias da base do negócio, o código de 1966 consagra, nos arts. 437º a 439º, o regime da alteração superveniente das circunstâncias²¹².

Do art. 437º nº 1 resulta: “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”.

Na aplicação, aparentemente simples, mas que, no entanto, se revela complexa, deste artigo, deve-se, desde logo, ter em conta o princípio da autonomia contratual. A vontade das partes, no momento da formação do contrato, torna-se no ponto de referência da alteração das circunstâncias. Aquela “não existe em estado puro nem é uma entelégia abstrata. Ela constitui-se e está invariavelmente associada um determinado contexto social, económico, político, etc., no qual surgem os diversos interesses e motivações contratuais e com base no qual as partes se determinam em certo sentido”²¹³.

Na implicação compreensiva do que é a “alteração das circunstâncias, para efeitos da sua aplicação, não podemos ter em conta, exclusivamente, o princípio anteriormente referido. Não é suficiente querer a modificação ou a resolução do contrato para que tal aconteça. É necessário que a boa fé permita. Para tal, e tendo sempre em conta a vontade das partes, que a manutenção das obrigações assumidas perante a concreta alteração das circunstâncias, afete gravemente os princípios da boa fé. No ensejo de determinação do que são “os princípios da boa fé”, diremos, pela pena de CARNEIRO DA FRADA, que “a dimensão

²¹⁰ ROCHA DE GOUVEIA, *Da Teoria Da Imprevisão...*, p. 173 e ss.

²¹¹ CARNEIRO DA FRADA, “*Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias*”, in *Forjar o Direito*, Edições Almedina, Coimbra, 2018, p. 57.

²¹² WENG IAN WONG, “*Confronto entre a Alteração Superveniente das Circunstâncias e o Regime da Impossibilidade: o tratamento da Impossibilidade Prática e da Impossibilidade Moral no Direito Civil Português*”, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Coimbra, 2016, p. 32.

²¹³ CARNEIRO DA FRADA, “*Crise Financeira...*”, p. 65.

axiológica essencial a que dá corpo o art. 437º nº 1, é a da justiça objetiva na relação entre os agentes jurídicos. Uma justiça a que não é certamente alheia a representação das partes, mas que é, ainda assim, essencialmente, “a justiça do contrato”²¹⁴.

Por fim, um último elemento principal a considerar é a questão de saber se a alteração das circunstâncias está coberta pelos riscos próprios do contrato. Sobre este ponto diremos, apenas, que à partida todos os contratos se incluem no âmbito do 437º nº 1 e deles se podem socorrer. Por conseguinte, incluem-se, também, aqueles contratos que apresentam uma forte exposição a riscos ou até, porventura, tenham o risco por objeto. O que importa é delimitar, no momento da celebração do contrato, o risco previsto pelas partes e, tendo essa referência, saber se a alteração das circunstâncias ultrapassa o risco recortado pelo contrato, bem como pelas partes^{215/216}.

²¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, “*Crise Financeira...*”, p. 67.

²¹⁵ Na procura do sentido que a referência “aos riscos próprios do contrato” significa, MAFALDA MIRANDA BARBOSA afirma que esta: “pode ser entendida, segundo parte da doutrina, no sentido da afirmação da subsidiariedade do regime da alteração superveniente das circunstâncias. Assim, enquanto alguns autores sustentam que o requisito leva a uma análise da álea subjacente ao negócio, outros afirmam que o que está em causa é a subsidiariedade do instituto, uma vez que a alteração que ocorresse dentro da álea do contrato seria normal, não implicando a contrariedade à boa-fé”. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Princípia, 2016, p. 112.; Conforme MENEZES CORDEIRO, “*Da Alteração das Circunstâncias*”, in *Estudos Em Memória Do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, p. 293 e ss. e p. 332.

DIOGO PEREIRA DUARTE, considerando que o requisito se refere às duas possibilidades, afirma que a parte final do art. 437º nº 1 tem o “sentido de consagrar a supletividade da alteração das circunstâncias perante as regras gerais da imputação do risco”; “no entanto, atendendo ao quadro legal de distribuição do risco entre as partes perante a execução dos contratos, o significado do último requisito do artigo 437.º/1 não pode ser o de traçar a supletividade perante este regime geral de repartição do risco, ou de outro modo o artigo 437.º seria inaplicável, uma vez que seria supletivo perante o regime da impossibilidade que tem pretensão de abarcar todas as hipóteses, já que [...] faz correr o risco de aumento do custo da prestação pelo devedor enquanto não se der a impossibilidade absoluta e objetiva da prestação”, o que significa que “o último requisito do artigo 437.º/1, o requisito negativo, apenas procura traçar a supletividade do instituto da alteração das circunstâncias perante os regimes especiais de repartição do risco”. DIOGO PEREIRA DUARTE, *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias: as Bases Sociais: Aplicação de um Método à Cessação e Modificação do Status Socii*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, p. 353.

Para uma perspetiva que nos leva a contemplar os regimes específicos de distribuição do risco entre os contraentes, ver CARNEIRO DA FRADA, “*Crise Financeira...*”, p. 72, bem como PAULO MOTA PINTO, “*O Contrato Como Instrumento De Gestão Do Risco De “Alteração Das Circunstâncias”*”, in Workshop “*O Contrato Na Gestão Do Risco E Na Garantia Da Equidade*”, Coordenação: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Instituto Jurídico Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra, 2015, p. 82, considerando que os riscos próprios do contrato nos levam à consideração da álea normal do contrato, tendo em conta a afetação dos riscos feito pelo contrato e pelas normas legais.

²¹⁶ Não obstante o tratamento já conferido ao tema (ver p. 8 e ss.), importa reforçar a remissão feita pelo art. 252º nº 2 para o regime da alteração das circunstâncias. Na verdade, nos antecedentes do art. 437º nº 1, o estudo realizado, à então designada, frustração da pressuposição, passava pela distinção entre a frustração ao tempo da celebração do negócio da frustração posterior a esta, cujo tratamento deveria ser, segundo a proposta de Vaz Serra, operado pelo mesmo preceito. Conforme a VAZ SERRA, “*Resolução ou Modificação*” in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº68, p. 380 e 381.

4.2. Não cumprimento.

Toda a relação contratual é composta e realizada com vista a um só momento: o cumprimento da prestação devida. Eis o ponto alto do contrato: através deste, o devedor libera-se do vínculo acordado, e o interesse do credor fica satisfeito²¹⁷.

O direito, se por aqui ficasse a relação contratual, seria muito mais simples. A realidade, porém, apresenta outro cenário. Não raras vezes ocorre o não cumprimento²¹⁸ da obrigação a que o devedor se encontra adstrito. Quando assim sucede, uma série de problemas se levantam. Desde logo, surgem desafios colocados pelo sistema da lei: a preparação do código civil, na área relativa ao não cumprimento, foi “atormentada” uma vez que esta disciplina tem por base figuras concretas cuja construção invoca uma morosa evolução histórico-cultural²¹⁹.

O resultado final apresenta-se nos arts. 790º a 812º, sob duas subsecções: a primeira, relativa à impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor (arts. 790º a 797º); e a segunda, sobre a falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor – composta por quatro divisões – (arts. 798º a 812º); numa subsecção terceira, trata-se da mora do credor (813º a 816º); e, devemos ter, ainda, em atenção a secção terceira que diz respeito à realização coativa da prestação (arts. 817º a 830º).

Perante as dificuldades em encontrar um fio condutor na matéria, é à doutrina que recorreremos para ordenações de matérias²²⁰.

Falamos em incumprimento quando a prestação debitória deixa de ser executada nos seus devidos termos²²¹. Contudo, perante a generalidade do conceito, situações distintas

Só mais tarde, e justamente porque a primeira situação encerra em si um caso de erro, Rui de Alarcão, em 1964, propôs a sua inserção sistemática em sede de erro-vício. RUI DE ALARCÃO, “Breve Motivação”, in Boletim Do Ministério da Justiça, nº 138, p. 73. A resolução, como vimos, não faz sentido para os casos de erro na determinação da base do negócio, exatamente porque a resolução só faz sentido para negócios validamente constituídos.

²¹⁷ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, vol. II, p. 60.

²¹⁸ Também designado por incumprimento ou inadimplemento.

²¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado De Direito Civil, Direito Das Obrigações: Cumprimento e Não-Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção*, vol. IX (9), 3ª Edição, Almedina, 2017, p. 218.

²²⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, vol. IX (9), p. 220.

²²¹ MENEZES CORDEIRO esclarece um ponto primordial para o entendimento do que é o incumprimento.

Começa, primeiro, por delimitá-lo pela negativa: não se tratará de incumprimento nos casos em que a não realização da prestação se deve ao facto de ter ocorrido, por qualquer motivo, a sua prévia extinção; nem nos

integram o mesmo. Assim, a classificação das mesmas, passa pela consideração de vários critérios. Podemos ter um incumprimento imputável e incumprimento imputável; ou, sob prisma diverso, um incumprimento propriamente dito; a mora; e a designada violação contratual positiva²²².

Conforme o exposto, podemos apontar duas modalidades de incumprimento: uma quanto à causa e outra quanto ao efeito²²³.

A primeira contrapõe o incumprimento imputável e o incumprimento não imputável²²⁴. Para a *summa divisio*, interessa a imputabilidade e a não imputabilidade que respeitem somente ao devedor. Dir-se-á que o incumprimento é imputável quando tenha sido causado, pelo devedor, com culpa (dolo ou negligência); contrariamente, dir-se-á que o incumprimento não é imputável nas hipóteses de este não ter sido provocado pelo devedor, ou, quando assim o é, mas sem culpa²²⁵.

Deixando de considerar o efeito do incumprimento para passar a perspetivá-lo pelo efeito que provoca, ficamos com outra modalidade. Esta engloba o não cumprimento definitivo, a mora e a violação positiva do contrato.

Caso o devedor não tenha realizado a prestação, no contexto da obrigação, esta já não é realizável porque se tornou impossível, ou então, no caso de ser materialmente

casos em que a prestação é realizada por terceiro (este, apesar não estar adstrito, a regra pauta pela possibilidade de este poder cumprir). Assim, nem toda a ausência de cumprimento se traduz em não cumprimento.

Posteriormente, chama a atenção para a diferença entre o não cumprimento naturalístico da prestação principal e não cumprimento normativo (tendo em conta a distinção entre incumprimento em sentido estrito e impossibilidade da prestação).

Na medida em que a prestação se traduz na conduta humana, não podemos exigir prestações devidas quando estas impliquem um comportamento humano impossível. Na hipótese de o comportamento, que compõe certa prestação, venha, posteriormente, tornar-se impossível, a prestação principal extingue-se. Deixa de existir uma norma sobre a qual comine o dever de cumprir (o impossível). O problema surge pelo facto de qualquer pessoa poder tornar impossível a prestação devida, inviabilizando, desta forma, a atitude do devedor. E as coisas complexificam-se ao tomarmos em conta que a razão da prestação pode ser levada a cabo pelo devedor, indivíduo que, pelas circunstâncias, se encontra numa posição primordial para o efeito.

MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, vol. IX (9), p. 220 e 221.

²²² MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de RUI DE ALARCÃO, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1966, p. 323.

²²³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, vol. II, p. 62 e ss.

²²⁴ Imputar o não cumprimento significa atribuir as consequências de um determinado facto a um determinado sujeito. A imputabilidade pode ser aferida segundo dois tipos: subjetivo e objetivo. No primeiro, o facto será subsumido à esfera jurídica do sujeito que tiver causado o facto voluntariamente, atendendo-se, assim, à liberdade do sujeito. No segundo tipo não se atende a esta. O facto é objetivamente imputável, ou seja, mesmo que o facto não tenha sido causado voluntariamente por qualquer um dos sujeitos, será imputado. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 425 e 426.

²²⁵ É necessário, em princípio, que a imputação seja de natureza moral, ou seja, a título de culpa. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das...*, p. 324.

possível, porque o credor perdeu o seu interesse na prestação. Neste cenário, estaremos perante o não cumprimento definitivo²²⁶.

Agora, se a prestação não for executada no momento próprio, mas, apesar disso, ainda é possível pelo credor continuar a ter interesse, estaremos perante uma situação de mora, isto é, retardamento ou dilação da prestação. Significa o exposto que, ainda que tenha sofrido prejuízos com o atraso no cumprimento, o credor mantém, no essencial, interesse na prestação²²⁷. Define o art. 804º nº 2, relativamente ao devedor, que se considera este “constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada no tempo devido”.

Por fim, ainda no âmbito desta modalidade, costuma referir-se o cumprimento defeituoso ou imperfeito, configurando a situação de violação contratual positiva. Esta, por sua vez, engloba, pelo menos, três casos: o devedor cumpre defeituosamente os deveres principais, executando a prestação de maneira desconforme ao contrato; o devedor atenta contra deveres acessórios de prestação; o devedor atua contra deveres acessórios de conduta ou deveres laterais²²⁸.

²²⁶ Caso do sujeito que adoece no dia em que devia participar num espetáculo organizado pelo empresário; ou daquele que vende a X um imóvel que tinha prometido vender a Y. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, vol. II (2), p. 61.

²²⁷ A devia entregar a C, os livros que este lhe emprestou. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, vol. II (2), p. 61.

²²⁸ Nesta rubrica, incluem-se todas as situações que não caem em nenhuma das anteriores, levando, por isso, a que esta seja uma categoria residual. STAUB, autor deste conceito (*positivevertragsverletzung*), sustenta que, nos casos visados, o dano provocado ao credor tem por fonte um facto positivo, enquanto que nos casos anteriores, a infração cometida, resultaria de uma abstenção. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das...*, p. 327.

Contudo, há quem critique esta visão das coisas. Começam por apontar que nas obrigações de facto positivo, quase sempre, a violação destas, resulta de um facto negativo – uma omissão do devedor -, e nas obrigações de facto negativo, o direito é ofendido, sempre, por intermédio de factos positivos – uma ação do devedor - que, todavia, se reconduz a situações de incumprimento;

Além do mais, os deveres de conduta ou deveres laterais, categoria inserida no esquema da violação contratual positiva, podem levar a que os sujeitos adotem uma conduta positiva (deveres de cooperação, informação ou esclarecimento, por exemplo) ou a uma conduta negativa (deveres de proteção). Sendo assim, o termo “violação contratual positiva” apenas se adequaria à infração destes últimos deveres mencionados, isto é, dos deveres acessórios de conduta negativa. Conforme a MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral Das...*, p. 327 e NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, p. 401 e ss.

NUNO PINTO OLIVEIRA, afirma, ainda, que, comparando o não cumprimento e o cumprimento defeituoso, atenta-se à circunstância de o devedor ter ou não ter efetuado a prestação. Já quanto ao não cumprimento definitivo e não cumprimento temporário, ou mora, atenta-se ao facto de o não cumprimento ser ou não ser reversível. Assim, não concorda quando se diz que o cumprimento defeituoso é uma categoria residual, ou seja, discorda de o cumprimento defeituoso apenas ocorrer quando não há impossibilidade nem mora do devedor. Desde logo, podemos ter, afirma o Autor, simultaneamente cumprimento defeituoso e impossibilidade (o devedor realiza uma prestação desconforme ao contrato uma vez que não pode realizara prestação conforme a este); depois, alude ainda que pode dar-se o caso de cumprimento defeituoso concomitante com mora do devedor (o devedor realiza uma prestação desconforme ao contrato porque não quer realizar uma prestação que seja conforme a este). NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, p. 404 e 405.

Antes de prosseguirmos no nosso estudo, impõe-se um breve excuro sobre a mora do credor.

Nem sempre a obrigação é incumprida por uma causa imputável ao devedor. O credor, por vezes, pode ser a razão de a prestação não ser efetuada, ou que esta seja cumprida de forma retardada.

Apesar de a realização da prestação estar a cargo do devedor, impende sobre o credor um dever de cooperação. No fim da linha, este dever traduz-se, quanto mais não seja, no facto de o credor receber a prestação, ou providenciar a quitação ao devedor, conforme o art. 787º.

Situações há em que o credor tem de procurar ou mandar buscar a prestação ao domicílio, ou, como na empreitada, em que o credor tem de fornecer, ao devedor, materiais e certas instruções para que a obra se realize. Nestes casos diz-se que o credor incorre em mora, uma vez que, sem qualquer motivo, a obrigação não foi cumprida porque o credor recusou a prestação, regularmente oferecida, ou não providenciou os meios necessários à sua realização²²⁹.

Perante esta possibilidade, MENEZES LEITÃO distingue: se o credor mantiver o interesse na realização de uma prestação conforme ao contrato e o devedor a puder realizar – ainda, o cumprimento defeituoso é ainda temporário; se o credor perder o interesse em que se realize a prestação conforme ao contrato e/ou na hipótese de o devedor já não a possa executar, já será, o cumprimento defeituoso, definitivo. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, p. 232.

ROMANO MARTINEZ defende que o conceito de cumprimento defeituoso deveria ser revisto, propondo a aplicação deste, apenas, nas situações em que se preenchesse, cumulativamente, os seguintes requisitos: o devedor tenha realizado uma prestação com defeito, quesito este que se prende com o princípio da pontualidade consagrado no art. 406º; que o defeito seja relevante, entrando em jogo o princípio da boa-fé, art. 762º nº 2, através da máxima “*minimis non curat praetor*”, ou seja, o credor não pode litigar por um defeito irrelevante; o terceiro requisito exigiria que o devedor desconheça o defeito ou que, conhecendo-o, tenha aceitado a prestação com reserva, com base na distinção entre defeitos conhecidos e defeitos desconhecidos; por último, necessário é que o defeito cause danos típicos, isto é, “prejuízos distintos daqueles que o credor poderia sofrer em caso de não cumprimento definitivo ou mora”. ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, p. 118 e ss.

A par com NUNO OLIVEIRA PINTO, diremos, sobre a exposição mencionada, que: “Se concordamos com a afirmação de que o cumprimento defeituoso depende sempre do princípio da pontualidade e com a afirmação de que a relevância objetiva do cumprimento defeituoso depende sempre do princípio da boa fé, não concordamos plenamente com a afirmação de ROMANO MARTINEZ que a relevância objetiva do cumprimento defeituoso depende do requisito da tipicidade do dano”. Isto porque quer o direito à reparação ou à substituição da coisa prestada, ou mesmo a prestação em si, assim como o direito à suspensão do contrato, previsto nos arts. 428º e ss., e, inclusive, o direito à resolução contratual previsto nos arts. 801º nº 2 e 802º, não exigem, para a sua aplicação, nenhum dano. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, p. 410.

²²⁹ ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações...*, vol. II (2) p. 78 e 79

4.3. Não cumprimento e impossibilidade.

Para que haja um verdadeiro incumprimento, é necessário que este ocorra por facto imputável ao devedor, ou seja, o incumprimento pressupõe a culpa deste. Caso o não cumprimento se deva a um facto não imputável ao devedor, deixamos de estar no âmbito do incumprimento para passarmos a falar em impossibilidade. Cumpre, desta forma, perceber no que é que consiste esta figura.

4.3.1. Alguns dos tipos de impossibilidade.

Podemos encontrar várias classificações diferentes de impossibilidade. Destacando, desde já, a legal, total, parcial, definitiva e temporária.

Referimo-nos à impossibilidade física quando a sua razão de ser se prende com as leis da natureza, ao passo que a impossibilidade legal encontra o seu fundamento nas leis dos homens²³⁰.

As noções de impossibilidade total e de impossibilidade parcial invocam os conceitos de obrigações divisíveis e indivisíveis. As primeiras, como têm por objeto imediato prestações que admitem cisão, são suscetíveis de cumprimento parcial e, assim, a impossibilidade parcial apenas atinge uma parte da prestação – divisível; as segundas, como têm por objeto imediato prestações que não admitem cisão e, logo, como são totalmente cumpridas ou não o são de todo, não podem comportar impossibilidade parcial, mas antes impossibilidade total, ou seja, a impossibilidade diz respeito a toda a prestação²³¹.

A impossibilidade definitiva surge quando a prestação não possa ser realizada agora, isto é, no presente, nem no futuro; enquanto na impossibilidade temporária, apesar de no presente a prestação não poder ser cumprida, poderá ser executada futuramente²³².

²³⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, vol. II (2), p. 328 e ss.

²³¹ Os arts. 793º nº 2 e 802º nº 2, invocam o critério do interesse do credor para distinguir a impossibilidade total da impossibilidade parcial. Ambos convergem no sentido de equiparar esta àquela, quando, justificadamente, o credor não tenha interesse em cumprir. No primeiro dos mencionados artigos, o credor poderá resolver o negócio se, justificadamente, não tiver interesse no cumprimento do negócio; o segundo, impede o credor de resolver o negócio se o não cumprimento parcial, tendo em conta o interesse deste, tiver escassa importância. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, p. 522 e 523.

²³² O art. 792º nº 2 invoca, tendo em conta a finalidade da obrigação, o interesse do credor para distinguir a impossibilidade definitiva de impossibilidade temporária. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, vol. II (2), p. 79 e ss.

4.3.2. Impossibilidade originária vs. Impossibilidade Superveniente e Impossibilidade Objetiva vs. Impossibilidade Subjetiva.

Consoante se refira a impedimentos iniciais ou a impedimentos subsequentes, o código civil português trata a figura da impossibilidade da prestação de forma diferente, atribuindo-lhe, assim, um “duplo papel”. Desta forma, o regime jurídico da impossibilidade assenta na bipolaridade: impossibilidade originária (arts. 401º nº 1 e 280º nº 1; e, ainda, no que toca à condição, 271º nº 2) e impossibilidade superveniente (arts. 790º e ss.)^{233/234}.

Preceitua o art. 401º nº 1 que: “a impossibilidade originária da prestação produz a nulidade do negócio jurídico”, e o art. 280º nº 1 dispõe que: “é nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível (...)”²³⁵. Por sua vez, o art. 271º nº 2 consagra a

²³³ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade Da Prestação*, Reimpressão, Almedina, 2018, p. 51.

²³⁴ Alguns dos artigos mencionados, tratam, ainda, da impossibilidade objetiva, bem como da impossibilidade subjetiva, figura contraposta àquela. A distinção entre ambas prende-se com o facto de, na primeira situação, estarmos perante a impossibilidade da prestação relativamente ao objeto, enquanto que a impossibilidade subjetiva diz respeito à pessoa do devedor. Ou seja, a primeira relaciona-se com a prestação em si: nem o devedor, nem outra pessoa, podem realizá-la; já na segunda hipótese, a impossibilidade surge, apenas, quanto à pessoa do devedor: este não pode executá-la, mas outros sujeitos já a podem realizar.

No plano legal, e como já deixámos entrever, encontramos a impossibilidade objetiva (originária) consagrada nos arts. 280º nº1 e 401º, enquanto que o regime da impossibilidade objetiva (superveniente) perpassa os arts. 790º a 797º e 801º a 803º.

A regulação da impossibilidade subjetiva, quer seja originária ou superveniente, depende de a natureza da prestação em causa ser fungível ou infungível. No primeiro tipo de prestações, que podem ser realizadas por pessoa diferente do devedor (conforme o art. 767º nº1), os regimes da impossibilidade objetiva e impossibilidade subjetiva não coincidem. A primeira é relevante, enquanto que a segunda não; já no caso de a prestação em causa ser infungível, apenas realizável pelo devedor (conforme o art. 767º nº2), os regimes da impossibilidade objetiva e da impossibilidade subjetiva já coincidem: o devedor não pode, por um lado, realizar a prestação, uma vez que esta é impossível, e, por outro, não pode fazer-se substituir por terceiro, uma vez que estamos no campo das prestações infungíveis.

Conforme a NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, p. 521.

Há quem relacione, ainda, a distinção entre impossibilidade objetiva de impossibilidade subjetiva com a classificação das obrigações de resultado e de meios. Nas primeiras, no momento em que o devedor assume a obrigação, compromete-se a obter ou a produzir certo resultado em benefício do credor ou de terceiro; no segundo tipo de obrigações, o devedor não fica adstrito a nenhum resultado, mas tão só a empregar toda a diligência necessária com vista à obtenção ou produção de um certo resultado. Um médico não se pode obrigar a salvar uma vida, mas tão somente a assistir, na melhor das suas capacidades, o paciente. Mas já um pasteleiro poderá obrigar-se à confeção de um bolo festivo, para uma determinada data acordada com o cliente. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, vol. I, p. 73.

²³⁵ O artigo em causa, inspirado no art. 1346º, é uma continuidade da solução defendida já pelo código de Seabra. O artigo 643º, para que o negócio fosse validamente constituído, que o objeto deste fosse possível. O art. 669º do mesmo diploma feria com nulidade o contrato cujo objeto fosse física ou legal mente impossível, esclarecendo o art. 670º que “Nos contratos só se considera como fisicamente impossível, o que o é absolutamente em relação ao objeto do contrato, mas não em relação à pessoa que se obrigado”. Sobre a impossibilidade no direito português passado, GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II, Das Obrigações, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1925, p. 120 e ss.

nulidade do negócio ao qual seja aposta uma condição que seja física ou legalmente impossível.

Inaugurando uma riquíssima regulação da impossibilidade do cumprimento, vem o art. 790º nº 1 consagrar a pedra basilar do regime da impossibilidade superveniente, inexistente no código anterior – a matéria em causa encontrava-se aludida no art., já aqui citado, 705º. Referindo-se, somente, à extinção da obrigação, torna-se claro que, em caso de impossibilidade superveniente, não se levanta problema algum problema de invalidade do negócio jurídico²³⁶. Nota-se, igualmente, que enquanto o art. 790º aponta para as situações de incumprimento não imputável ao devedor, o art. 401º nº 1 não se pronuncia sobre qualquer distinção, para efeitos de validade do negócio, sobre se a causa é imputável, ou não, ao devedor, indiciando, desta forma, que se aplica a qualquer impossibilidade originária²³⁷.

O dualismo de efeitos que decorre da impossibilidade originária e da impossibilidade superveniente tem sido acolhido pela jurisprudência portuguesa, afirmando, sem limitações além das impostas pela letra da lei, a nulidade do negócio com base na impossibilidade originária da prestação²³⁸. Também a doutrina se refere, por várias vezes, ao art. 401º nº 1 como uma regra que determina, sem qualquer limitação, à exceção das preceituadas nos nºs 2 e 3 do mesmo, a nulidade do negócio por impossibilidade originária da prestação²³⁹.

A distinção entre originário e superveniente não tem, de forma geral, levantado significativa discórdia. Assim, é de entendimento geral que é o momento da conclusão do negócio jurídico que indica a fronteira entre a impossibilidade originária e impossibilidade superveniente²⁴⁰. Inclusive, e apesar de não ter sido consagrada, VAZ SERRA propôs, nos

²³⁶ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 52 e 53.

²³⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, volume II, Coimbra Editora, 2008, p. 1234.

²³⁸ Como é o caso do acórdão do STJ de 11 de setembro de 2012, sobre um contrato de arrendamento para fins não habitacionais, onde se veio a concluir pela nulidade do mesmo, em virtude da prestação ser originalmente impossível, justamente por não haver, de facto, licenciamento do locado para fins comerciais ou industriais. Processo nº 23344/07.1TVPR.T2.S1 e relatado por PAULO SÁ.

²³⁹ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 53.

²⁴⁰ NUNO PINTO OLIVEIRA dá o seguinte exemplo “A, antiquário, comprou a B um quadro de Bruegel, convencido que C, colecionador, estaria interessado em adquiri-lo. Enquanto transportava o quadro para o estabelecimento de A, o automóvel de B despistou-se e incendiou-se. O quadro ficou completamente destruído. A, desconhecendo o acidente, telefonou, entretanto, a C e propôs-lhe a venda da obra de Bruegel; C, entusiasmado, aceitou de imediato, ficando combinado que o quadro só seria entregue no dia seguinte, para que o comprador conseguisse, entretanto, encontrar um espaço apropriado”. Como realça o Autor, caso o telefonema de A a C tenha sido realizado depois do acidente, a impossibilidade da prestação é atual à conclusão do negócio jurídico, sendo assim nula, por impossibilidade originária da prestação, o contrato de compra e venda entre A e C; caso o telefonema tenha sido realizado após o acidente, o contrato de compra e venda seria válido uma vez que a impossibilidade da prestação ocorre depois da conclusão do negócio jurídico. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 519 e ss.

trabalhos preparatórios do atual código civil, que a impossibilidade originária fosse definida como aquela que existe quando a obrigação se constitui²⁴¹. Quanto ao facto de as partes terem, ou não, tido conhecimento da impossibilidade originária, parece ser irrelevante desde que, esta, se efetive²⁴².

A distinção que temos vindo a expor pode, no entanto, levantar certas questões. Desde logo, esta opção legislativa importa uma diferente valoração das pretensões secundárias do credor. No caso de impossibilidade originária, como opera a nulidade do contrato, difícil fica, ou, até mesmo, impossível, uma eventual responsabilidade civil do devedor pelo dano do cumprimento. Consideram os críticos que esta diferenciação de regimes não encontra uma justificação suficiente no critério temporal, gerando o incómodo de atribuir ao credor pretensões distintas consoante a impossibilidade de prestar ocorra uma fração de tempo antes ou depois da conclusão do contrato²⁴³. Nas palavras de PAULO MOTA PINTO: “o regime dos artigos 28º, nº 1, e 401º, nº 1, conduz, na verdade, a soluções diversas das aplicáveis à impossibilidade superveniente, por vezes puramente casuais e dificilmente explicáveis – com as consequentes contradições valorativas”²⁴⁴. NUNO PINTO OLIVEIRA afirma mesmo que o conteúdo da relação obrigacional pode ser colocado na dependência de um acaso²⁴⁵.

Por outro lado, vários diplomas estrangeiros demonstram tendências que permitem concluir que o “dogma da nulidade” é apenas isso, um “dogma”, apresentando-se, estas tendências, como indicador evidente da necessidade de supressão da regra da nulidade por intermédio de uma intervenção legislativa^{246/247}.

²⁴¹ VAZ SERRA, “*Objeto Da Obrigação, A Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos*”, in Boletim Do Ministério Da Justiça, nº 74, 1958, p. 263.

²⁴² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, vol. I, p. 804 e ss.

²⁴³ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 56.

²⁴⁴ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, vol. II (2) p. 1248.

²⁴⁵ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, p. 536.

²⁴⁶ CATARINA MONTEIRO, *Impossibilidade...*, p. 57 e 58.

²⁴⁷ Refira-se os seguintes exemplos:

O art. 79º nº 1 da Convenção Das Nações Unidas Sobre A Venda Internacional De Mercadorias (CNUVIM) dispõe que: “uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapassasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas consequências”, não se contemplando diretamente, no mencionado diploma, a conclusão pela invalidade do negócio em razão da impossibilidade originária da prestação.

Conforme o art. 4:102 dos Princípios De Direito Europeu Dos Contratos, a validade do contrato não fica afetada pelo facto de uma das partes estar impossibilitado de cumprir com as suas obrigações, nem como o facto de uma das partes, no momento da conclusão do contrato, não disponha dos bens que são objeto do contrato. Não obstante, o art. 4:103 (2) (b), permite a resolução do contrato com base em erro, caso o promitente não tivesse podido conhecer a circunstância que o impede de cumprir a prestação.

4.3.3. Impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa.

Fala-se em impossibilidade absoluta para significar uma verdadeira inviabilidade da prestação, seja por força da natureza seja por razão humana. Verifica-se uma impossibilidade propriamente dita, há um obstáculo, insuperável pelo devedor, que o impede de realizar a prestação.

Discutida é a questão de saber se o conceito de impossibilidade de prestação deveria, apenas, restringir-se aos casos de impossibilidade absoluta ou, se, pelo contrário, devemos incluir, também, a *difficultas praestandi*, ou seja, a impossibilidade relativa. Esta refere-se às situações em que há, apenas e só, um impedimento ou obstáculo que exige do devedor esforços desproporcionados ou excessivos, sendo que a prestação, ainda, é possível²⁴⁸.

Vaz Serra, mencionado Autor do anteprojeto do código civil, aceitava a equiparação entre a impossibilidade absoluta e a impossibilidade relativa, na medida em que, uma vez considerada a boa fé e os usos negociais, bem como a interpretação das declarações negociais que fundamentam a obrigação, considerava impossível a prestação que exija do devedor grandes sacrifícios, graves riscos ou violar deveres de máxima importância²⁴⁹. Todavia, em virtude do eventual perigo para a segurança jurídica e o perigo de arbítrio que poderia empregar na prática, esta orientação acabou por não passar nas revisões ministeriais²⁵⁰.

Consagrou, desta forma, o código civil português, a par de França e Itália, o princípio segundo o qual, apenas a impossibilidade absoluta pode liberar o devedor. Apenas terá

No mesmo sentido vai o art. 3.3 dos Princípios Unidroit: “o simples facto de uma das partes estar impossibilitada de cumprir as suas obrigações no momento da conclusão do contrato não afeta a validade do contrato”. Porém, o art. 3.1 dispõe a invalidade no caso de a prestação ser ilegal, levando a doutrina a procurar conciliar os preceitos. Contudo, e acompanhando o pensamento de CATARINA MONTEIRO PIRES, desta necessidade de conjugação tem-se extraído que o ponto de partida seria o da validade, tendo apenas que se ter em conta a restrição do art. 3.1; no entanto, questiona-se se a impossibilidade originária não se enquadra no art. 7.1.7 onde se dispõe que a responsabilidade é excluída em casos de força maior.

Finalmente, o art. II-7:102 do Projeto de Quadro Comum de Referência resulta que “um contrato não é inválido, no todo ou em parte, apenas porque no momento em que foi concluído o cumprimento de alguma obrigação assumida é impossível ou porque a parte não tem poder de disposição sobre os bens a que o contrato respeita”. Desta forma, a impossibilidade originária não conduz à invalidade do negócio (ver ainda os arts. III-3:101 e III-3:104).

Conforme a CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 57 e 58; e PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, vol. II (2) p. 1236 e ss.

²⁴⁸ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, p. 517 e 518.

²⁴⁹ VAZ SERRA, “Impossibilidade Superveniente por Causa Não Imputável ao Devedor e Desaparecimento do Interesse do Credor, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 46, 1995, p. 19.

²⁵⁰ ALMEIDA COSTA, *Direito Das Obrigações*, 12ª Edição, Revista e Atualizada, Almedina, p. 1074 e ss.

direito a uma indemnização caso a *difficultas* resulte de um facto ilícito causado pelo credor ou terceiro²⁵¹.

Como resolver, então, os casos em que a prestação seja excessivamente onerosa, comportando um sacrifício de tal ordem, cujo acatamento seria contrário aos princípios da boa fé? Recorrendo a um de três institutos: alteração da base do negócio, art. 437º, conflito de direitos ou de deveres, art. 335º, ou abuso do direito, art. 334º²⁵².

De maneira sucinta, tradicionalmente, para que a obrigação a que o devedor está adstrito se extinga, em Portugal, é necessário que a impossibilidade desta seja superveniente, objetiva – a não ser que a obrigação seja de prestação infungível -, absoluta e definitiva²⁵³. No entanto, admite-se, à luz da boa-fé, bem como dos artigos mencionados anteriormente, e por influência do ordenamento jurídico alemão, que se lance mão da impossibilidade prática e impossibilidade moral, nas quais concentraremos, agora, a nossa atenção.

4.3.4. Reforma alemã de 2001/2002. Impossibilidade Relativa: Impossibilidade Prática e Impossibilidade Moral.

Como decorre do exposto, desafiante é, na matéria da impossibilidade, enquadrar legalmente certas situações em que o cumprimento da prestação impõe ao devedor uma maior dificuldade na sua execução. Nestes casos, em boa verdade, não há propriamente uma verdadeira impossibilidade, existindo antes, um limbo entre a “impossibilidade física, material e absoluta” e as “puras e simples dificuldades”. É num contexto de tensões entre partidários da impossibilidade restrita, circunscrevendo-a às hipóteses de impossibilidade absoluta, e adeptos de concepções mais amplas, de forma a abranger casos de impossibilidade relativa, que surge a reforma alemã de 2001/2002^{254/255}.

²⁵¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, p. 406 e ss.

²⁵² NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos Sobre O Não Cumprimento Das Obrigações*, 2ª Edição, Almedina, 2009, p.15 e 16.

²⁵³ MENEZES LEITÃO, *Direito Das Obrigações*, vol. II, p. 121.

²⁵⁴ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 438.

²⁵⁵ É no culminar de um processo legislativo complexíssimo que, a onze de outubro de 2001 é aprovado, na Alemanha, o diploma “Lei para a modernização do Direito das Obrigações” (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*). Esta lei, operou o código civil alemão no coração do direito das obrigações, tornando-se, nesta área, a maior reforma efetuada desde a publicação do próprio BGB, em 1896. A remodelação em causa fez-se sentir em institutos intocáveis, como os da prescrição e impossibilidade, procedendo-se, de igual forma, à codificação da *culpa in contrahendo* e da alteração das circunstâncias. MENEZES CORDEIRO, “A Modernização Do Direito Das Obrigações”, in *Revista Da Ordem Dos Advogados*, ano 62, Lisboa, 2002, p. 91 e 92.

Saudada como a grande novidade no plano da ciência jurídica, legislativa e civilística dos últimos cem anos, e apesar das críticas aquando a sua elaboração, tem vindo a ser explicada pela doutrina com grande urgência. Um dos pontos mais sensíveis da reforma é aquele que trata da perturbação da prestação²⁵⁶.

“Direito da perturbação das prestações”, expressão traduzida literalmente de *Recht der Leistungsstörungen*, abrange as situações de incumprimento definitivo, mora e de cumprimento defeituoso, não podendo, no entanto, ser apelidada de incumprimento em sentido amplo, uma vez que ela pode, ainda, trazer à sua sombra, além da impossibilidade, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias, entre outros institutos. A perturbação das prestações é uma fórmula que remonta a STOLL e que, posteriormente, foi adotada como uma zona de conforto, abrangendo várias eventualidades que traduzam a falta, total ou parcial, de cumprimento²⁵⁷.

O caminho percorrido até 2002 é composto por três grandes episódios. O primeiro passa-se entre 1978 e 1992: a preparação do projeto da reforma. A 1978, o ministro federal da justiça, lançou a ideia de uma reforma compreensiva sobre o direito das obrigações, solicitando estudos académicos que acabaram por ser publicados no início dos anos oitenta e vastamente discutidos pelos juristas alemães. Em 1984, o sucessor do mencionado ministro, constituiu uma “Comissão para a Reelaboração do Direito das Obrigações” ou *Schuldrechtskommission*, constituída por, à semelhança das comissões que elaboram o BGB, professores, juizes, representantes do governo e advogados. Oito anos volvidos sobre a formação da Comissão, esta apresentou um relatório final que apontava alinhar o BGB com a *Convention On Contracts For The International Sale Of Goods* (CISG), e, assim, sugeriu que se reescrevesse o direito das obrigações de uma forma massiva; O segundo episódio ocorre entre 1992 e 2000, consistindo em nada. Houve um debate académico em 1992 sobre o relatório apresentado pela comissão, mas nada mais foi feito pelo governo alemão. Aparentemente, o relatório ficou esquecido, sendo, o entusiasmo pela reforma, tomado, gradualmente, por um sentimento de indiferença; O terceiro episódio teve início no verão de 2000 quando, de forma repentina, o governo alemão lançou, no seio da comunidade legal, um projeto para discussão (*Diskussionsentwurf*). A reforma, como que uma verdadeira *Blitzkrieg*, era para ser feita em pouco mais de um ano. Naturalmente, perante este cenário, surgiu algum criticismo: como o *Diskussionsentwurf* era baseado no relatório de 1992, estava dez anos atrasado, não levando em conta desenvolvimentos recentes significativos como o código civil holandês de 1992, a publicação dos *Principle of European Contract Law*, bem como os *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. A acrescentar, o projeto apresentava várias ambiguidades, amplamente considerado como impossível de implementar no BGB em virtude de criar sérias inconsistências com outras partes do código. Em reação a estas críticas, foram apontados dois grupos de trabalho para examinar o projeto, contudo, no prazo de dois meses. Ignorando vozes que aclamavam por uma maior discussão do projeto, o governo alemão provocou um processo legislativo acelerado e, no outono de 2001, é promulgado o estatuto da reforma. Duas grandes razões conduziram o processo nestes ritmos: a diretiva comunitária relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e de garantias a ela relativas (Diretriz 1999/44/CE), que deveria ser transposta até ao início de 2002; e a ambição política da Ministra da Justiça de então, Herta Däubler-Gmelin, em usar a implementação desta diretiva como uma oportunidade para realizar uma reforma de grande escala ao nível do direito das obrigações. MATHIAS REIMANN, “*The Good, the Bad, and the Ugly: The Reform Of The German Law Of Obligations*”, in *Tulane Law Review*, vol. 83, 2009, p. 883 a 886.

²⁵⁶ Na verdade, a reforma assentou nos seguintes temas: regime da prescrição; direito da perturbação das prestações; direito da compra e venda; contrato de empreitada; e o contrato de mútuo. MENEZES CORDEIRO, *A Modernização...*, p. 92 e 320 a 322.

²⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, *A Modernização...*, p. 328 e 329.

A questão da impossibilidade do cumprimento era tratada, no direito alemão pretérito, sobre a rubrica *Unmöglichkeit der Leistung*, de forma complexa. Distinguiu, à semelhança do ordenamento português, consoante a impossibilidade era inicial ou superveniente, objetiva ou subjetiva, gerando quatro categorias básicas de impossibilidade. Apenas algumas destas categorias eram expressamente dirigidas no BGB, e, na sua maioria, comportavam um tratamento diferente da outra – dependendo, *inter alia*, se a impossibilidade era imputável, ou não, ao devedor. O regime apresentava-se, assim, perante os civilistas alemães, como insatisfatório a vários níveis, máxime pela falta de soluções relativas às hipóteses onde o cumprimento era possível, mas exigia, do devedor, esforços que não eram razoáveis de se requerer^{258/259}.

Assim, antes de a reforma entrar em vigor, era possível destringir da *Leistungsstörungen*: um sentido estrito – englobava a impossibilidade, a mora e a violação positiva do contrato -; e um sentido amplo – que abrangia, além das figuras mencionadas, a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias e os contratos com efeito protetor de terceiros. A reforma vem adotar uma conceção ampla de perturbação das prestações, apesar de não ter consagrado qualquer definição da figura. Apenas ao nível da doutrina se mantém a categoria, se bem que, no entender de MENEZES CORDEIRO, melhor seria a designação de “perturbação da relação obrigacional”, uma vez que a expressão “perturbação das prestações” não é conceitualmente rigorosa, abrangendo, a título de exemplo, a violação de meros deveres de proteção e de outros deveres acessórios²⁶⁰.

²⁵⁸ MATHIAS REIMANN, “The Good...”, p. 894 e 895.

²⁵⁹ ENNECCERUS/LEHMANN, apresentaram, como solução a este problema, a cláusula geral da boa fé do § 242 com o § 275: a impossibilidade relativa deveria ser equiparada à impossibilidade absoluta, desta forma, o credor, não dispunha da faculdade de exigir, do devedor, um esforço desproporcionado ou excessivo. No entanto, destacava-se uma diferença entre o regime da impossibilidade absoluta e o da impossibilidade relativa: a impossibilidade absoluta libertava o devedor de forma automática, ao passo que no caso da impossibilidade relativa, o devedor poderia optar entre cumprir e não cumprir. Se cumprisse, exigia a respetiva contraprestação, caso contrário, se optasse por não cumprir, justificasse na dificuldade desproporcionada ou excessiva que a execução da prestação impunha. LUDWIG ENNECCERUS & HEINRICH LEHMANN, *Tratado De Derecho Civil, Segundo Tomo, Derecho De Obligaciones*, I, Librería Bosch, Barcelona, 1933, p. 237 § 46, I, 2.

O princípio da equiparação apontado, levantava, no entanto, críticas por parte de certos Autores. LARENZ rejeitava-o em razão da imprecisão conceitual: “dificuldade extraordinária”, dificuldade superior àquilo que é devido, nos termos da obrigação”, “esforços desproporcionados”. Assim, estes conceitos não constituiriam uma diretriz clara e adequada a solucionar casos em que a conclusão de um contrato envolvesse desvantagens ou prejuízos significativos para o devedor. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, p. 12 e 13.

²⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, *A Modernização...*, p. 329.

Perante a já evidenciada realidade, vivida antes de 2001/2002, no campo do direito das obrigações, a reforma vem agilizar a matéria em estudo²⁶¹, abolindo, na sua essencialidade, as mencionadas categorias de impossibilidade, e surgindo, desta forma, o novo § 275 que, no seu n.º 1²⁶², declara que a pretensão à prestação fica excluída sempre que esta seja impossível para o devedor ou para todos^{263/264}.

Os n.ºs 2 e 3, do mesmo preceito, vêm permitir ao devedor recusar o cumprimento quando este não seja razoável por motivos de dificuldade extraordinária. Enquanto o n.º 2 concede ao devedor a faculdade de recusar-se a executar a prestação quando esta exija um esforço “que esteja em grave desproporção com o interesse do credor”, o n.º 3 atribui-lhe a faculdade de, também, se recusar a executar a prestação “quando deva [realizá-la] pessoalmente e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação, não possa ser [exigida]”²⁶⁵.

Os textos dos n.ºs 2 e 3 consagram, assim, a impossibilidade prática ou fática e a impossibilidade moral ou pessoal, respetivamente²⁶⁶. Façamos uma análise mais detalhada.

²⁶¹ A modernização do direito em causa assumiu uma faceta analítica, utilizando conceitos precisos, assentes na racionalidade, preterindo formulações imbuídas de tradição. Este aspeto, no direito da perturbação das prestações, traduziu-se através do recurso à ideia de “violação de um dever” para papel principal do novo direito. Atualmente, não obstante o conceito de obrigação ser compreensivo – conceito que surge histórico-culturalmente e, assim, com alcance e valorações incertas –, o conteúdo desta é reduzido a deveres – determinados concretamente –, de base analítica. Assim o demonstra a epígrafe do § 241: “deveres provenientes da relação obrigacional”, cujo n.º 2, aditado com a reforma, preceitua: “A relação obrigacional pode obrigar, conforme o seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra”. Complementa, desta forma, o atual n.º1, antigo § 241: “Por força da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir uma prestação ao devedor. A prestação +pde também consistir numa omissão”. Isto significa que as várias situações de “perturbação das prestações” são, agora, reconduzidas a “violação de deveres”. MENEZES CORDEIRO, *A Modernização...*, p. 331 e 332.

²⁶² Sob a epígrafe “*Ausschluss der Leistungspflicht*”, dispõe: “(1) *Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.*”

²⁶³ Como realça Menezes Cordeiro, na simplicidade do modelo adotado, fica tratado, de forma unitária, as impossibilidades objetiva e subjetiva; impossibilidades de facto e de direito; impossibilidades inicial e superveniente. O ponto gravitacional passa a estar nas consequências da impossibilidade. MENEZES CORDEIRO, *A Modernização...*, p. 335.

²⁶⁴ O BGB ainda se debruça sobre os problemas de impossibilidade originária, mas num contexto diferente: o novo § 311a estipula que a impossibilidade originária não afeta a validade do contrato e que o credor tem o direito de pedir uma indemnização pelo não cumprimento, a não ser que o devedor não tenha, e não possa ter tido, conhecimento sobre a impossibilidade originária: “(1) *Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.* (2) *Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.* § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung”. MATHIAS REIMAN, “The Good...”, p. 895.

²⁶⁵ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, p. 13.

²⁶⁶ O atual sistema do BGB, procurando colmatar as incertezas geradas pelo paradigma anterior em torno do conceito de impossibilidade – tanto ao nível de estabelecer o conceito de impossibilidade subjetiva, como no plano de admissibilidade da impossibilidade prática e da impossibilidade económica –, faz assentar o modelo

Consagra o n°2 do § 275: “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”²⁶⁷.

Aprofundando o *factispecies* do § 275° n° 2, observamos que um primeiro elemento corresponde aos dispêndios exigidos ao devedor tendo em vista o cumprimento. Estão em causa não só custos materiais, mas também esforços de natureza pessoal ou imaterial necessários para a superação do impedimento. Há Autores, no entanto, que circunscrevem a exceção prevista nesta norma às situações de desproporcionalidade de dispêndios materiais. Contudo, argumentos há para sustentar a primeira orientação: a letra da lei que, na segunda frase, se refere a *Anstrengungen*, isto é, a esforços do devedor, com teor individual e subjetivo; referências dos trabalhos preparatórios; e a igualdade de tratamento que é exigida entre o credor e devedor²⁶⁸.

Um outro elemento a destacar do § 275° n° 2 diz respeito, no que toca aos dispêndios, à relevância da imputação na elevação dos dispêndios exigíveis. Levanta problemas, no entanto, a relação entre a referida imputabilidade e a gravidade da desproporção ocorrida. Segundo WOLFGANG ERNST, quando a desproporção é significativa e visível, ainda que exista uma propensão para o agravamento dos esforços exigíveis ao devedor quando a este é imputável, o impedimento da prestação, a ponderação desta imputabilidade poderia revelar-se como um princípio de fraca relevância, não sendo o suficiente para afastar a aplicação deste n°2; contrariamente, se a impossibilidade não é imputável ao devedor, os dispêndios exigíveis terão um pendor menor. Para o Autor mencionado, nestas situações é

adotado, numa distinção vital: o § 275° n° 1 consagra a verdadeira impossibilidade, aquele impedimento que surge como insuperável, impositiva do dever de prestar; contrapondo-o com o § 275° n.ºs 2 e 3 que prevê a impossibilidade resultante da inexigibilidade do dever de cumprir que impende sobre o devedor. Ao considerarmos a insuperabilidade de um certo impedimento, este seria determinado por uma questão de facto, desprendida de valorações normativas, mesmo que a fonte do impedimento resultasse de leis naturais ou disposições legais. Os dispêndios do devedor apenas são tidos em conta nos n.ºs 2 e 3 do mencionado parágrafo. CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 463 e 484 e ss.

²⁶⁷ (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*”.

²⁶⁸ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 464 e 465.

suficiente que o devedor invoque a existência de um dispêndio nominalmente superior ao interesse do credor para se aproveitar do n° 2 § 275^{o269}.

De monumental importância, na determinação da impossibilidade prática, é, também, o interesse do credor na prestação. Desde logo, este é aferido segundo o interesse concreto do credor em receber a prestação por meio de um cumprimento in natura, no momento do vencimento da obrigação. Questiona-se, no entanto, se, além deste interesse, devem ser tidos em conta determinados interesses especiais, como o interesse que o credor tem na prestação para certo emprego ou utilidade desta, ou, ainda, certos interesses imateriais que, segundo as exigências da boa fé, poderão impor a sua consideração.

O § 275^o, n° 2, exige, ainda, que se concretize um juízo de desproporção manifesta entre o esforço requerido para executar a prestação e o interesse do credor nesta, e não entre os custos que o devedor terá com o cumprimento da prestação e o seu próprio interesse na contraprestação. Perante as várias discussões doutrinárias que este quesito gerou, tem-se apontado que o recurso a este artigo se encontra rodeado de vários cuidados e, mesmo assim, de alguma contenção. Na consideração do que é uma desproporção manifesta, tem entendido a jurisprudência, nos poucos casos que tem abordado sobre o tema, que “existe uma desproporção manifesta quando, tendo em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, o interesse do credor deva retroceder perante o interesse do devedor”. Esta ideia é concretizada pelo tribunal regional de apelação alemão (*Oberlandesgericht*), ao referir que este juízo se concretiza, segundo o § 275^o n° 2, quando “o resultado da eliminação do dano não esteja numa relação racional com o montante dos dispêndios pecuniários para o efeito”²⁷⁰.

Resumindo, a impossibilidade prática ou fática apresenta-se como a situação em que o devedor ainda pode prestar a sua obrigação, no entanto, recorrendo ao critério de um credor sensato e prudente, este, perante o caso concreto, não esperaria o cumprimento por parte do devedor. A acrescentar, e como vimos, há vários fatores importantes a ter em conta na determinação dos esforços exigíveis ao devedor, como se o impedimento é-lhe, ou não, imputável; o interesse do credor – que deve ser refletido à luz da boa fé e do conteúdo

²⁶⁹ WOLFGANG ERNST, *Anotação ao § 275^o BGB*, Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, org. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Harmut Oetker, Bettina Limperg, red. Wolfgang Krüger, Beck, Munique, 7^a edição, 2016, p. 91 e ss. *Apud* CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 466.

²⁷⁰ Sentença do OLG München de 24 de abril de 2013, BeckRS 2013, 07281 e ss. *Apud* CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 473 a 477 (477).

concretamente acordado; e a desproporção entre este e os esforços que o devedor tem que empregar para executar a prestação.

Segundo o § 275º nº3 do BGB, o devedor pode “recusar a prestação quando deva realizá-la pessoalmente e, ponderados os impedimentos que obstam à prestação e o interesse do credor, a mesma não lhe possa ser exigida”²⁷¹. Consagra o código alemão, desta forma, a par da impossibilidade prática, a impossibilidade moral ou pessoal. Nestas situações, o impedimento em causa está associado a casos em que o devedor está pessoalmente obrigado a prestar, mas o cumprimento natural implica esforços que não lhe são exigíveis. Em causa estão, sobretudo, deveres emergentes de contratos de trabalho, prestação de serviços, de certos contratos de obra de cariz imaterial ou pessoal. O exemplo escola, apresentado para demonstrar este tipo de situações, é o da cantora lírica que recusa atuar no espetáculo para está à cabeceira do filho, que está gravemente doente²⁷².

Em ambos os casos, está em causa o exercício de uma exceção, e não uma exclusão *ipso iure* da prestação. Além disso, o critério de concretização do § 275º nº 3 é, à semelhança do seu nº 2, a boa-fé. Contudo, entende-se, de modo geral, que é irrelevante a imputabilidade, ou não, à impossibilidade, contrariamente ao que sucede, como vimos, no nº2. Igualmente diferente, ao analisarmos estes dois números, parece ser o impacto do interesse do credor. A relevância deste, no nº 3, é apenas indireta, não sendo essencial como na hipótese do nº 2. Traz assim, o nº 3, maioríssimas dificuldades, sobretudo no que toca à distinção entre impossibilidade do cumprimento e perturbação da base do negócio. Ao não fazer alusão à ponderação do interesse do credor, contrariamente ao nº 2, o § 275º nº 3 aproxima-se de perto do § 313º “*Störung der Geschäftsgrundlage*” (alteração ou desaparecimento da base do negócio), elaborando, exclusivamente, um juízo sobre a situação do devedor. Não obstante, a autonomização do § 275º nº 3 parece justificar-se pelo facto de estar em causa um conflito de deveres que afeta bens ou deveres jurídicos de carácter imaterial^{273/274}.

²⁷¹ (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*”.

²⁷² SANTOS JUNIOR, “*Da “Impossibilidade Pessoal” De Cumprir. Breve Confronto do Novo Direito Alemão com o Direito Português*”, in Revista: O Direito, ano 142, III (3), 2010, p. 425 e ss.

²⁷³ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade...*, p. 555 e ss.

²⁷⁴ A acrescentar ao que foi exposto, cumpre referir que a necessidade de distinção entre a dificuldade excessiva, consagradas nos n.ºs 2 e 3 do § 275, do alcance das normas sobre a alteração da base do negócio, do § 313, foram abordadas na fundamentação do projeto de Lei de Modernização do Direito das Obrigações: esta circunscreveu o alcance do nº 2 do § 275 a casos extremos – aplicando-se nas hipóteses de desproporção

NUNO PINTO OLIVEIRA, numa excelente observação, afirma que “os critérios acolhidos no direito civil alemão coincidem globalmente com os critérios desenvolvidos no direito civil português: o nº 2 do § 275 do código civil alemão dirige-se aos casos de abuso (individual) do direito do art. 334º do código civil português; o nº 3 do § 275 do código civil alemão dirige-se aos casos de conflitos de direitos, ou de conflito de deveres, do art. 335º do código civil português, admitindo que o devedor recuse a prestação quando tal recusa se funde na existência de um interesse ou dever superior. Fora destes casos, ou seja: aí onde não haja um abuso de direito ou um conflito de deveres, os problemas de dificuldade excessiva devem resolver-se por aplicação da doutrina da alteração ou do desaparecimento da base do negócio”²⁷⁵.

4.4. Não cumprimento e inexigibilidade

Os preceitos acabados de analisar, § 275º nº 2 e 3 do BGB, são recortados numa ideia de inexigibilidade²⁷⁶. A noção de inexigibilidade comporta uma dupla função limitadora: por um lado contribui para determinar os limites da vinculação do devedor, por outro, opera o mesmo contributo, mas na ótica do credor. A atuação deste critério, relativamente ao devedor, é exemplificada em artigos como o 566º nº 2, escusando o devedor de realizar a prestação quando esta seja “excessivamente onerosa”. No que ao credor diz respeito, exemplo da atuação deste critério, encontra-se no art. 1037º nº 1, ao impedir o locador de praticar atos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário²⁷⁷.

Focando-nos, no entanto, mais na perspetiva do devedor, pergunta-se até que ponto deve o obrigado à prestação ir na execução desta. Que esforços deve empregar?

manifesta e grave entre o esforço do devedor e o interesse do credor -, enquanto alargou o alcance das regras do § 313, aplicando-as aos restantes casos de dificuldade extraordinária. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, p. 14.

²⁷⁵ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Estudos...*, p. 16.

²⁷⁶ HARTMAANN, criticando a contraposição entre impossibilidade absoluta e relativa, aponta que, em qualquer obrigação, o dever de prestar é perspetivado não só por coordenadas temporárias e geográficas, mas também por um certo grau de esforço exigido ao devedor. Se a prestação não for exequível dentro da medida exigível de esforço, entra no âmbito da impossibilidade, com a ulterior extinção do dever de prestar. É através do reconhecimento da irredutibilidade desta ideia à de impossibilidade, que chegamos a uma autonomização concetual nova: ocorrendo razões importantes, não se poderia exigir o cumprimento ao devedor, uma vez que este é inexigível. GUSTAV HARTMANN, *Die Obligation / Untersuchungen Über Ihren Zweck Und Bau*, Erlangen, 1875, p. 271, apud MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, p. 1015.

²⁷⁷ NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios...*, p. 563.

Antes de mais, por esforços podemos entender atividades energéticas, dispêndios, na maior parte dos casos, conscientes, de energia, que, ao serem canalizados para a prática de atos, são manifestados enquanto tal, afetando o meio que os rodeia e, conseqüentemente, podem ser apreendidos pelo exterior. Contudo, há esforços que, por se traduzirem apenas no interior de cada um – ou são de índole intelectual ou emocional, por exemplo, não são suscetíveis de serem captados pelo mundo onde se inserem, uma vez que não há a prática de qualquer ato que os manifeste²⁷⁸.

Além do exposto, temos de ter em consideração a diligência empregada na realização dos esforços, que se traduzirá num critério de fixar o *quantum* mínimo de intensidade destes. Este pode ser determinado num sentido normativo, que corresponde ao “grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever” e, por outro lado, numa perspetiva que une o sentido normativo a uma conceção mais objetiva, complementando aquele. A diligência objetiva constitui, então, “o grau de esforço necessário para atingir certo fim, independentemente de saber se este é ou não devido e sem referência a nenhuma pessoa concreta”²⁷⁹.

Assim, e segundo a pena de JOÃO PINTO MONTEIRO, é necessário conceber “um sentido normativo-objetivo, nos termos do qual a diligência é o grau de intensidade de esforços simultaneamente exigível do devedor e necessário para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever”²⁸⁰.

Não obstante, os esforços, embora necessários, não são condição suficiente do cumprimento. Factos que inviabilizem a prestação condicionam os esforços exigidos para a sua execução e, conseqüentemente, frustram o cumprimento. Tais factos traduzem-se em impedimentos. Estes, por sua vez, podem corresponder a factos próprios do devedor como factos a que o devedor não originou. Os primeiros devem ser tidos em conta, como atos que o devedor deve enveredar para realizar a prestação. Devemos entender, implicitamente, que

²⁷⁸ JOÃO PINTO MONTEIRO, *Esforços e Sacrifícios Exigíveis No Cumprimento Contratual*, Tese De Doutoramento Em Direito (Civil), Apresentada À Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra, Coimbra, 2015, p. 31 a 33.

²⁷⁹ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre Os Pressupostos Da Responsabilidade Civil*, Lisboa, 1972, p. 75 e ss.

²⁸⁰ O Autor lembra, ainda, que a tensão dos esforços não se molda em função do devedor, mas sim pela função do critério de diligência e da prestação. A razão de ser desta perspetiva prende-se no facto de a inexigibilidade de esforços variarem de devedor para devedor, uma vez que nem todos os devedores comportam as mesmas aptidões. Por isso, a apreensão a adotar será “em função da altura a que colocamos a fasquia mínima daquela tensão, e dos atos em que a prestação devedora se decompõe”. JOÃO PINTO MONTEIRO, “*Esforços E Sacrifícios...*”, p. 36 a 43.

o devedor assume não impedir o cumprimento por facto próprio, caso contrário a obrigação não seria o vínculo que é. Quanto aos segundos, estes podem dizer respeito a terceiros, a leis da natureza ou mesmo elementos jurídicos. Deste prisma, não é aceitável entender que o devedor, na sua declaração, ao assumir todos os esforços para cumprir com a prestação, esteja, de igual forma, a comprometer-se de maneira a que terceiros ou a própria natureza nada poderão fazer para impedir o devedor de cumprir com a obrigação assumida, “venha o que vier”²⁸¹. Basta pensar que a lei reconhece, por exemplo, casos de força maior, como nos arts. 505º e 509º, assim como casos fortuitos, vide arts. 616º nº 2 e 1462º nº 2²⁸².

²⁸¹ Para o jurista, “esforços inexigíveis são aqueles cuja intensidade ultrapassa a da medida de diligência exigível. Os atos em que eles se vertem, não têm, portanto, de ser praticados. Só que não é por causa dos esforços que eles não têm de ser realizados, mas por causa dos sacrifícios que requer a prática do ato para a qual os esforços são aplicados”. JOÃO PINTO MONTEIRO, “*Esforços E Sacrifícios...*”, p. 132 a 136 e 149 a 156.

²⁸² No direito americano encontramos, no campo contratual, o dever de empregar os “*best efforts*”. Allan Farsworth procura perceber quando é que empregar os melhores esforços, é suficiente para que uma parte evite responsabilidade contratual por incumprimento. Desde logo, o Autor começa por afirmar que uma coisa é o dever assumido por um escuteiro (“Pela minha honra, farei o meu melhor por cumprir o meu dever”) ou um atleta (esforço para conseguir os melhores resultados), outra é um dever assumido num contrato. O padrão tradicional imposto, neste último, é muito mais exato do que o assumido por aqueles.

Em 1874, o construtor Charles Leonard que, prometeu construir um edifício em St. Paul, Misnesota, acabou por ver a sua estrutura completamente em ruínas, após a construção de três andares, e que, ainda assim, no ano seguinte, construiu, novamente, os três andares, que uma vez mais, caíram (pelos vistos o local continha areias movediças, incapazes de sustentar este), condenado pelo incumprimento do contrato, apesar de ter feito o seu melhor. Percebe-se, desta forma, que, tradicionalmente, as consequências de uma promessa vinculativa, não são afetadas pelo grau de poder que o promissor detinha sobre o evento prometido.

Porém, em 1978, volvido mais de um século sobre o referido caso, o supremo tribunal de Minnesota escreve: “*Architects, doctors, engineers, attorneys, and others deal in somewhat inexact sciences and are continually called upon to exercise their skilled judgment in order to anticipate and provide for random factors which are incapable of precise measurement. (...) Because of the inescapable possibility of error which inheres in these services, the law has traditionally required, not perfect results, but rather the exercise of that skill and judgment which can reasonably be expected from similarly situated professionals*” (*Mounds View v. Waljarvi*, 263 N.W.2d 420, 424 (Minn. 1978) (*architects*)). Começa a surgir, assim, o “*duty of best efforts*”.

Este dever surge explicitamente do acordo entre as partes, ou, na ausência deste, pode ser imposta pelo tribunal. Tal aconteceu no caso *Gerard Colby Zilg and Prentice Hall (Zilg v. Prentice-Hall, 717 F.2d 671 (2d Cir. 1983))*. Zilg, autor do livro: “*Behind the Nylon Curtain*”, celebrou um contrato com Prentice-Hall para que este o publicasse. Segundo o contrato, Prentice-Hall reservava o direito a determinar o método, bem como os meios, de publicidade, de publicação e de venda do trabalho, assim como todos os outros detalhes de publicação, incluindo o número de cópias a serem impressas. Posteriormente, Prentice-Hall decidiu diminuir o número de primeiras impressões, assim como reduzir o orçamento publicitário. Zilg intentou uma ação contra Prentice-Hall por incumprimento contratual, argumentando que a editora não se tinha esforçado o suficiente. O tribunal acabou por dar razão a Zilg, no entanto, a instância superior, inverteu a solução dada. Este concluiu que Prentice-Hall tinha-se esforçado o suficiente para cumprir com a obrigação inicial: publicar o livro, assim como realizar uma primeira impressão e um orçamento publicitário adequado a dar ao livro uma chance razoável de suceder no mercado, tendo em conta a matéria do livro e a provável audiência que ia ter. Para que a pretensão de Zilg prevalecesse, teria de provar que a impressão inicial e os esforços publicitários foram tão inadequados que não conferiram ao livro uma chance de atingir o público alvo.

Perante este caso, emerge a questão: qual o *quantum* a ter em consideração se alguém assume realizar os “*best efforts*” na execução da prestação? Interrogar-se sobre como um terceiro atuaria, colocado na posição do promitente, é uma solução. Contudo, parece impossível chegar-se a uma concreta definição deste critério. Não

III. Efeitos e consequências resultantes da resolução sem fundamento

Estabelecida a importância do fundamento, no que ao direito da resolução concerne, bem como eventuais fundamentos que lhe subjazem, impõe-se, neste momento, indagar sobre os efeitos que, eventualmente, possam advir de uma declaração resolutória subtraída de qualquer motivo. Neste ensejo, focar-nos-emos em institutos de onde possam resultar similares consequências: a declaração antecipada de incumprimento e o despedimento infundado.

5. Declaração antecipada de incumprimento

5.1. Declaração (In)eficaz

Quando alguém declara (antecipadamente ou não) que quer resolver um contrato, mas não tem fundamento para isso, coloca-se, desde logo, a questão de saber se esta declaração é eficaz, produzindo o efeito extintivo a que se destina, ou não.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, num estudo realizado sobre o contrato de agência, afirma que há duas possibilidades. A primeira hipótese passa pela manutenção do contrato. Neste caso, a parte a quem o declarante dirigiu a declaração seria indemnizada pelos danos causados em virtude da “suspensão do contrato”. É uma solução que está mais de acordo com o princípio *pacta sunt servanda*. A segunda hipótese, de índole mais prática, seria a eficácia da declaração, extinguindo-se o contrato, traduzindo-se a resolução sem fundamento numa situação de incumprimento contratual, geradora de uma obrigação de indemnizar a parte cumpridora.

O Autor considera que a primeira possibilidade seria a mais indicada, pelo facto de a resolução sem fundamento se traduzir num exercício ilícito do direito resolutivo, e, por isso, a melhor solução seria a ineficácia daquela declaração. Não obstante, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO parece inclinar-se para a segunda hipótese. O Autor começa por dizer que, na

obstante, este serve como um auxílio indispensável para os tribunais, perante o caso concreto, detetarem se houve, ou não, um incumprimento.

ALLAN FARNSWORTH, “On Trying To Keep One’s Promises: The Duty Of Best Efforts In Contract Law”, in University Of Pittsburgh Law Review, vol. 46, 1.

prática, nem sempre é aconselhável que o contrato se mantenha. Justifica esta ideia na possibilidade de correr um longo período entre a declaração resolutiva e a sentença judicial que dite a falta de fundamento daquela – durante este tempo as relações contratuais poderão já ter cessado de facto. Continua ainda o ilustre jurista indicando a possibilidade de, eventualmente, já se terem estabelecido relações contratuais com terceiros com o objetivo de satisfazer interesses colocados em crise com aquela declaração. Por outro lado, afirma o Autor, que, uma outra solução não se coadunaria com o carácter extrajudicial da resolução e a simples natureza declarativa da ação judicial que aprecia a declaração em causa²⁸³.

ASSUNÇÃO CRISTAS considera que a declaração de resolução, apesar de ilícita, é eficaz, extinguindo o contrato no momento em que o declaratório toma conhecimento da mesma. A Autora sustenta este pensamento no modelo extrajudicial de resolução e o normal direito ao cumprimento das obrigações. Caso a inexistência de fundamento resolutório venha a ser provada nos tribunais, a resolução não desaparece, dando-se uma modificação da respetiva valoração jurídica e efeitos, isto é, a resolução transforma-se em ilícito com sentido de incumprimento. Desta forma e apesar de o contrato se ter extinguido, pode o credor exigir o cumprimento e oferecer a contraprestação²⁸⁴.

BRANDÃO PROENÇA parece atribuir eficácia extintiva à declaração resolutória ilícita, ao afirmar que esta se produz “nos momentos previstos no artigo 224.º, n.º1, 1ª parte”²⁸⁵. Apesar disso, vê nesta declaração uma modalidade de recusa de cumprimento e, consequentemente, uma forma de incumprimento²⁸⁶.

Todos os Autores mencionados, por várias razões, acabam por concluir pela eficácia da declaração de resolução, apesar da sua ilicitude. Parece ser a posição maioritária na doutrina portuguesa. Não obstante, outras vozes se levantam num sentido contrário a esta corrente.

PAULO MOTA PINTO propugna pela tese da ineficácia da declaração em causa. Sustenta, e bem a nosso ver, que a declaração resolutória ilícita, “por não possuir fundamento

²⁸³ ANTONIO PINTO MONTEIRO, *O Contrato De Agência: Anotação ao Decreto-Lei Nº 178/86, de 3 de Julho*, 7ª Edição Atualizada, Coimbra Almedina, 2010, p. 138.

²⁸⁴ ASSUNÇÃO CRISTAS, “É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?”, in Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade De Direito Da Universidade Nova De Lisboa, vol. II, Almedina, p. 63.

²⁸⁵ BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 152 e 153.

²⁸⁶ BRANDÃO PROENÇA, “Do Incumprimento Do Contrato Promessa Bilateral: A Dualidade: Execução Específica – Resolução”, in Estudos Em Homenagem ao Professor Doutor A. Ferrer-Correia, Boletim da Faculdade de Direito, vol. II, Coimbra, 1989, p. 236 e ss.

jurídico e o resolvente não ser titular do correspondente direito potestativo”, não deve produzir o efeito extintivo pretendido pelo declarante. Não sendo titular de um direito de resolução, o sujeito não pode exercê-lo e pretender a aplicação dos efeitos desse exercício. Por este motivo, o Autor afirma que a sentença que venha a reconhecer a falta de existência de um fundamento para a resolução, acaba por reconhecer a existência do contrato e, conseqüentemente, a não extinção do mesmo. O Autor esclarece ainda que não devemos sujeitar qualquer desvio de razões práticas a este princípio, pelo facto de, nesse caso, estarmos a dar direta prevalência a um facto ilícito em detrimento da força inequívoca do Direito²⁸⁷.

CALVÃO DA SILVA comunga do mesmo entendimento ao propugnar, num caso em que a resolução foi declarada sem que o pressuposto do incumprimento se verificasse, pela ilegalidade e ineficácia da mesma²⁸⁸.

Também na jurisprudência portuguesa, encontramos decisões em ambos os sentidos. Contudo, parece que a tendência maioritária é a de reconhecer eficácia extintiva à declaração sem fundamento.

Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 12 de outubro de 2010, cujo relator, ALVES VELHO, sumariou da seguinte forma: “A invalidade da cláusula resolutiva implica a ilicitude da resolução, mas não a sua ineficácia. 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, tornando-se o contraente que assim actuou responsável pelo prejuízo que causar à outra parte, fazendo recair sobre si a obrigação de a indemnizar por ter feito cessar ilicitamente o contrato”, acabando por concluir que “incontornável é o facto de a declaração resolutiva ter efetivamente existido. Foi ilícita, por infundada, mas consumou-se e, como tal, produz efeitos” e “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, tornando-se o contraente que assim actuou responsável pelo prejuízo que causar à outra parte, vale dizer, fazendo recair sobre si a obrigação de a indemnizar por ter feito cessar ilicitamente o contrato”²⁸⁹. O relator MOREIRA ALVES adotou o mesmo

²⁸⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, vol. II, p. 1674 ss.

²⁸⁸ CALVÃO DA SILVA, “A Declaração Da Intenção De Não Cumprir”, in *Estudos De Direito Civil e Processo Civil*, Reimpressão, Coimbra Almedina, 1999, p. 134 e ss.

²⁸⁹ Processo n.º 133/2002.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt

entendimento no acórdão (também) do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Março de 2011, ao sumariar que “A declaração resolutive, 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”²⁹⁰.

Num outro sentido, minoritário, foi o relator SALVADOR DA COSTA, em sede de contrato de subempreitada, no acórdão de 7 de Fevereiro de 2008: “Todavia, a recorrente comunicou à recorrida resolução do contrato subempreitada em causa, visando, assim, por sua exclusiva iniciativa, destruir aquela da relação contratual. Mas o referido direito de resolução dependia de se verificar, para o efeito, fundamento legal bastante, seja de origem contratual ou legal (artigo 432º, nº 1, do código civil). 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, nº 1, 295º e 432º, nº 1, do código civil). 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”²⁹¹. HELDER ROQUE também se pronunciou pela ineficácia da declaração resolutive no acórdão de 28 de Abril de 2009, ao sumariar que “Inexistindo uma situação de impossibilidade da prestação ou de incumprimento definitivo, carece o autor de base legal para proceder, validamente, à resolução do contrato, e, não tendo, igualmente, fundamento convencional para exercer esse direito, não pode ver condenado o réu a restituir o equipamento objecto do contrato de locação financeira”²⁹².

No nosso entender, a declaração resolutive ilícita não deve gerar o efeito extintivo do contrato por não estar apta a produzir esse mesmo efeito. Conforme PAULO MOTA PINTO, o declarante não é titular de nenhum direito resolutório, pelo que não o pode exercer. Na verdade, em face de regimes vinculísticos, que prevejam taxativamente os fundamentos da resolução, dar eficácia à declaração antecipada de incumprimento, seria uma forma de contornar a intenção restritiva da lei. Não obstante, aquela declaração produz, na nossa opinião, outros efeitos, quanto mais não seja o sintoma de que algo não está bem com o contrato.

²⁹⁰ Processo n.º 4015/07.0TBVNG.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt

²⁹¹ Processo n.º 08B192, disponível em www.dgsi.pt

²⁹² Processo n.º 09ª0679, disponível em www.dgsi.pt

5.2. Incumprimento antecipado (Anticipatory breach)

Após este panorama introdutório sobre a eficácia da declaração de resolução sem fundamento, focar-nos-emos a declaração antecipada de incumprimento. Esta figura surgiu no direito inglês, vindo a influenciar posteriormente os direitos romano-germânicos.

5.2.1. Anticipatory breach no direito inglês e norte americano

A doutrina da anticipatory breach tem origem no caso inglês *Hochster v. de la Tour*. Trata-se de um contrato de prestação de serviços celebrado em Abril de 1852, cuja data de vencimento ficou acordada para 1 de Junho do mesmo ano. Sucede que a 11 de Maio de 1852, uma das partes, Edgar de la Tour, declarou por escrito, que tinha perdido interesse no contrato, rejeitando os serviços de Albert Hochster. Este, entendendo que tal declaração constituía um incumprimento contratual, propõe uma ação judicial, a 22 do mesmo mês, sustentada nesse mesmo incumprimento, reclamando uma indemnização. Edgar de la Tour alegou que a ação intentada era prematura, uma vez que o prazo para o cumprimento da obrigação não tinha ocorrido. O tribunal concluiu que aquela carta escrita por Edgar de la Tour tinha presente uma intenção de renúncia contratual e que Albert Hochster podia manter a sua ação sem ter que esperar pelo vencimento da obrigação contraída²⁹³: “It seems strange that the defendant, after renouncing the contract, and absolutely declaring that he will never act under it, should be permitted to object that faith is given to his assertion, and that an opportunity is not left to him of changing his mind”, concluindo que: “If it 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.”²⁹⁴

Desde então, vigora, no direito inglês, a regra segunda a qual se uma das partes declara à outra, antes do vencimento, que não tenciona cumprir com a sua obrigação, ou adota uma conduta de tal modo que uma pessoa média consiga inferir desse comportamento

²⁹³ E. A. LUCAS, “*Repudiation and abandonment*”, in *The Canadian Law Times*, vol 41, p. 475

²⁹⁴ Excertos da decisão de Queen’s Bench, [1853] EWHC QB J72 (1853) 2 E & B 678; QB; 118 ER 922, disponíveis em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1853/J72.html>

uma intenção de não cumprimento do contrato, a outra parte pode optar (esta opção surge mais clara no caso *Frost v. Knight* de 1872²⁹⁵) entre duas atitudes: aceita o repúdio do contrato, desvinculando-se da sua própria obrigação e pode exigir uma indemnização; ou recusa o repúdio contratual e o contrato mantém-se, produzindo todos os seus efeitos²⁹⁶.

Não obstante, a regra estabelecida no caso em análise foi alvo de várias críticas. O grande reparo que se faz a esta regra prende-se com a sua falta de lógica. Dizem os críticos que o repúdio pelo declarante não viola nenhum dever para com a outra parte, pois o tempo para realizar o cumprimento obrigacional ainda não ocorreu. Por seu turno, contra argumentam os defensores desta doutrina que a lei coloca um dever às partes contratuais de não enfraquecer ou danificar a relação contratual, em especial por repudiarem antecipadamente ao contrato²⁹⁷. De qualquer modo, esta doutrina tem sido pacificamente aceite e aplicada nos tribunais ingleses.

Quanto ao âmbito da regra, a tendência maioritária é a de excluir a aplicação da *anticipatory breach* dos negócios jurídicos unilaterais, assim como dos contratos sinalagmáticos em que a parte que é lesada pelo repúdio já tenha cumprido com a sua respetiva obrigação. De uma forma mais sintética, apenas podemos aplicar a regra *anticipatory breach* se o contrato for sinalagmático ao tempo da declaração antecipada de incumprimento²⁹⁸.

É nos fundamentos desta figura onde encontramos uma maior divergência em virtude do tratamento casuístico típico dos sistemas de *common law*, procurando-se primeiro a solução para o caso e só posteriormente a fundamentação e enquadramento teórico da mesma. Encontramos, assim, diversas correntes sobre o fundamento da *anticipatory breach*²⁹⁹:

²⁹⁵ O caso versa sobre uma violação de uma promessa de casamento. A ré prometeu casar com o autor assim que o Pai deste morresse. Não obstante, ainda em vida do Pai do autor, a ré recusa absolutamente casar com aquele. O tribunal de recurso, contra a decisão do tribunal inferior, considerou aplicável o princípio vertido no caso *Hochster v. de la Tour*, considerando existir uma violação por incumprimento contratual por parte da ré.

²⁹⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Recusa de Cumprimento*”, in Estudos Em Memória Do Professor Doutor João De Castro Mendes, p. 293 e 294

²⁹⁷ JAMES C. GULOTTA, “*Anticipatory Breach – A Comparative Analysis*”, in *Tulane Law Review*, Volume 50, 1976, p. 928.

²⁹⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Recusa...*”, p. 294.

²⁹⁹ JOANA FARRAJOTA, *A Resolução Do Contrato Sem Fundamento*, Almedina, 2015, p. 88 e ss.

- *Violação de uma obrigação vencida*³⁰⁰. Os adeptos desta corrente sustentam aquela figura na violação presente de uma obrigação exigível. Dentro desta, encontramos duas teorias que sustentam este entendimento:
 - *Teoria da promessa implícita de não repúdio*. É a teoria que surge com o caso *Hochster v. de la Tour*, onde se considera que existe, a par com as obrigações expressamente assumidas no contrato, um conjunto de *implied terms*, isto é, obrigações implícitas: “There 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”³⁰¹. De forma a tornar mais forte o carácter vinculativo do contrato, os tribunais acabam por construir uma vontade presumida das partes tendo em conta um *reasonable man*, isto é, o *bonus pater familiae*.
 - *Teoria do direito ao não repúdio*. Esta corrente doutrinária (bastante similar à anterior), parte da ideia de que a regra da anticipatory breach se baseia no direito, que pertence a cada uma das partes, à eficácia e subsistência do contrato: “The promisee has an inchoate right to the performance of the bargain, which becomes complete when the time of the performance has arrived. In the meantime, he has a right to have the contract kept open as a subsisting and effective contract”³⁰². Consideram que este direito é inerente à obrigação contratual que cada um assumiu e que não se pode separar dela.
- *Inevitabilidade do incumprimento futuro*. NIENABER faz a distinção entre “actual breach of contract” e “immediate breach of contract”. A primeira figura consiste na violação direta de uma obrigação estipulada expressa ou implicitamente no contrato. A declaração antecipada de incumprimento não entra nesta primeira figura, a não ser nos casos em que as

³⁰⁰ Devemos realçar que ambas as vertentes desta teoria sustentam um incumprimento antecipado na violação presente de um dever, no primeiro caso, ou direito, no segundo caso, o que não deixa de ser paradoxal.

³⁰¹ Excerto disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1853/J72.html>

³⁰² Caso *Frost v. Knight* de 8 de Fevereiro de 1872, C. J. Cockburn e J. Byles, (1871-72) L.R. 7 Ex. 111

partes tenham previsto, expressamente ou de forma implícita, uma obrigação de não repudiar o contrato. Desta forma, para o Autor em questão, o incumprimento antecipado deverá ser reconduzido à figura da “immediate breach of contract”, isto porque, apesar do repúdio não constituir por si só uma violação das obrigações contratuais que as partes assumiram, em princípio, a seguir àquele irá seguir-se uma actual breach of contract e, conseqüentemente, a violação do direito da contraparte ao cumprimento contratual. O fundamento desta regra encontra-se, assim, na possibilidade concedida às partes de anteciparem um acontecimento dado como inevitável e poderem atuar imediatamente³⁰³.

- *A atualidade do dano.* Esta corrente sustenta a regra da anticipatory breach na ideia de que o dano que é provocado pela parte que repudia o contrato à contraparte, é imediato e não apenas na data em que a obrigação devia vencer. É um pensamento que assenta no valor económico que o direito da contraparte apresenta no mercado após a declaração antecipada de incumprimento, pela perturbação da confiança e certeza da satisfação do direito devido à contraparte.
- *Incentivo a um comportamento economicamente mais eficiente.* Finalmente, e também de um ponto de vista económico, Autores há que fundamentem a regra da anticipatory breach nas vantagens que a aplicação desta traz relativamente à minimização dos danos decorrentes do incumprimento. Ou seja, ao permitir-se ao credor que demande de imediato, para efeitos de uma indemnização, a parte que o lesou com a declaração antecipada de incumprimento, evita-se que se gerem mais danos, incentivando-se o “abandono” do contrato³⁰⁴.

Desde o caso *Frost v. Knight* de 1872, aceita-se de forma pacífica que a anticipatory breach tanto pode ocorrer de forma explícita como implícita. Porém, no direito inglês, só se torna eficaz se a contraparte aceitar o repúdio de forma clara e inequívoca. Quanto aos efeitos, caso a anticipatory breach seja aceite, estes não serão, por regra, diferentes dos

³⁰³ P. M. NEINABER, “*The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy*”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 20, n.º2, 1962, p. 222 e ss.

³⁰⁴ JOANA FARRAJOTA, *A Resolução...*, p. 91 e 92

efeitos de qualquer outra modalidade de incumprimento, tendo a parte lesada direito a uma indemnização e, caso cumpra os respetivos pressupostos, pode resolver o contrato ou então requerer a sua execução específica³⁰⁵. No que toca ao exercício dos mencionados direitos, o seu titular não tem, em regra, que provar que estava em condições de cumprir com as suas obrigações e que era sua intenção fazê-lo³⁰⁶.

E quais são os efeitos quando a contraparte não aceita o repúdio? Desde logo, caso não haja o reconhecimento expresso ou implícito da parte lesada do incumprimento do contrato, este mantém-se com todos os seus efeitos, especialmente as obrigações que dele emergem para ambas as partes. Esta é uma orientação reconhecida, nomeadamente, no caso já citado *Frost v. Knight*.

Sobre estes efeitos agora mencionados, é relevante trazer à colação o caso inglês *White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor*. Resumidamente, os autores disponibilizavam caixotes do lixo, sendo que se podia afixar publicidade nos mesmos. Os réus celebraram um contrato de afixação de publicidade naqueles por três anos, sendo que no mesmo dia voltaram com a sua decisão atrás, comunicando aos autores da ação essa perda de interesse. Contudo, e nada fazendo para minimizar os danos, os autores, ignorando aquela comunicação, produziram e afixaram a publicidade nos caixotes, vindo mais tarde reclamar uma indemnização com base em incumprimento contratual por parte dos réus. A *House of Lords*, dando razão aos autores da ação, aplicou cegamente 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”³⁰⁷. Prova da complexidade da questão é o facto de a decisão ter sido aprovada pela diferença de um voto, sendo que a orientação vencida sustentava a sua opinião no incumprimento da obrigação de mitigação de danos a cargo dos autores. Este resultado acabou por ser posteriormente corrigido com recurso ao princípio da culpa do lesado, nos termos do qual o credor apenas poderia ser indemnizado pelos danos gerados pelo incumprimento e já não pelos danos que acabou por provocar ao não adotar as medidas necessárias para minimizar os mesmos³⁰⁸.

³⁰⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Recusa...*”, p. 294.

³⁰⁶ FRANCIS DAWSON, “*Metaphors And Anticipatory Breach Of Contract*”, *Cambridge Law Journal*, 40 (1), 1981, p. 89 e ss.

³⁰⁷ P. M. NEINABER, “*The Effect...*”, p. 216.

³⁰⁸ JOANA FARRAJOTA, *A Resolução...*, p. 82 e 83.

Além deste dever de minimização de danos, a parte que receba a declaração antecipada de incumprimento e opte pela manutenção do contrato, ignorando, desta forma, o repúdio do declarante, pode ordenar a *specific performance*³⁰⁹ da obrigação em causa. Contudo, não poderá, segundo o entendimento geral, ordenar a *specific performance* para antes da data do respetivo vencimento³¹⁰.

Finalmente, e numa análise comparada da regra da *anticipatory breach* nos ordenamentos inglês e norte-americano, diremos que existem duas diferenças fundamentais. Por um lado, no direito inglês, a declaração que repudia o contrato não é passível de ser revogada, ao passo que no direito norte-americano o declarante pode voltar com a sua palavra atrás e cumprir, afinal, com o contrato enquanto não tiver havido uma reação do declaratário. Por outro, o declaratário, no direito norte-americano, pode exercer os seus direitos sem que esteja vinculado a uma opção prévia, isto é, a sua escolha no sentido da aceitação do repúdio pode ser inferida através da ação de indemnização ou resolução, ou então resultar da sua própria declaração de recusa de cumprimento³¹¹.

5.2.2. A influência da Anticipatory Breach nos direitos Romano-Germânicos

A *Anticipatory Breach* teve uma influência particularmente forte na Alemanha, sobretudo com a obra de RABEL sobre a compra e venda, *Das Recht des Warenkaufs: Eine Rechtsvergleichende Darstellung* de 1936. Não obstante, já o *Reichgericht* em decisões de 1902 reconhecera os efeitos da declaração antecipada de não cumprimento ou *Erfüllungsverweigerung*³¹².

É entendimento geral que a declaração só deve ser considerada enquanto recusa, se for séria, definitiva e atinja, pelo menos, o núcleo essencial da prestação.

Hoje em dia, a maioria da doutrina e jurisprudência reconduz a *Erfüllungsverweigerung* ao facto de, nos contratos bilaterais, se permitir à outra parte

³⁰⁹ A *specific performance* não se confunde com a execução específica do ordenamento português, na medida em que não há uma distinção, nos sistemas de *common law*, entre execução específica e a indemnização em natureza, bem como a *specific performance* não engloba situações que a nossa execução específica engloba. Ver JOANA FARRAJOTA, *A Resolução...*, p. 85.

³¹⁰ P. M. NIENABER, “*The effect...*”, p. 221.

³¹¹ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Recusa...*”, p. 294 e 295.

³¹² FERREIRA DE ALMEIDA, “*Recusa...*”, p. 296.

resolver o contrato ou pedir uma indemnização³¹³. Estes são considerados direitos potestativos, pelo que o seu exercício não é obrigatório. Em alternativa, pode o declaratório credor decidir não atuar e esperar pelo vencimento da obrigação. Esta opção não tem que ser dada a conhecer previamente ao declarante que recusou o contrato.

Apesar de a situação em causa ser reconduzida à figura da mora ou equiparada a esta, a doutrina alemã encontra-se em sintonia ao considerar que a resolução não depende, nos moldes apresentados, de um prazo adicional ou de interpelação para o cumprimento³¹⁴.

O facto de na Alemanha existirem, apesar da omissão legislativa, regras significativamente claras quanto ao regime jurídico da recusa antecipada de cumprimento, não significa que exista uma concordância sobre o fundamento do instituto.

Um número significativo de juristas, acompanhados da jurisprudência, integram a *Erfüllungsverweigerung* na “violação contratual positiva” de STAUB, demarcando-a do negativismo omissivo patente na mora e no incumprimento definitivo. Desta forma, se em LARENZ³¹⁵ a recusa é tida como lesão grave antecipada enquanto caso particular de violação contratual positiva, e se em SCHLECHTRIEM³¹⁶ o dever de não fazer nada que possa por em perigo o cumprimento ainda não exigível é um corolário de uma imposição genérica de fidelidade contratual, em GERNHUBER³¹⁷ a recusa séria e definitiva, por ser um ato ilícito, rivaliza, pela inobservância do dever de fidelidade ao contrato, com as próprias ações de prestação.

Outra parte da doutrina alemã aproxima esta figura do incumprimento *tout court*, mediante a integração da recusa no contexto da impossibilidade, aplicando-lhe as normas da mora. Autores há, ainda, que consideram este repúdio como uma “pura negação do contrato” cujo fundamento da desvinculação reside na própria recusa³¹⁸.

O código civil Italiano, no artigo 1219.º, determina que a declaração do devedor no sentido de que não quer cumprir com o contrato, quando feita por escrito, tem o efeito de

³¹³ Estes dois direitos, no direito alemão, não são cumuláveis à luz do §326.

³¹⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, “Recusa...”, p. 296 e ss.

³¹⁵ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht, Allgemeiner Schuldrecht der BGB – I*, 1929, p. 531, apud BRANDÃO PROENÇA, “A Hipótese da Declaração (Lato Sensu) Antecipada de Incumprimento”, in Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Jorge Ribeiro De Faria, Coimbra Editora, 2003, p. 382.

³¹⁶ SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 1992, p. 163, nota 102, apud BRANDÃO PROENÇA, “A Hipótese...”, p. 382.

³¹⁷ GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, 1989, p. 21 e 22, apud BRANDÃO PROENÇA, “A Hipótese...”, p. 382 e 383.

³¹⁸ BRANDÃO PROENÇA, “A Hipótese...”, p. 383 e 384.

dispensar a interpelação como requisito para que este fique em mora. Entende-se que este preceito também se aplica nos casos em que a obrigação ainda não se encontra vencida, apesar de a sua eficácia ficar diferida para o momento do vencimento.

Autores há que entendem que aquela declaração, quando séria e definitiva e efetuada antes do vencimento da obrigação, tem um valor equiparado ao incumprimento, mormente para efeitos de resolução contratual pela outra parte³¹⁹. Quanto aos fundamentos invocados para sustentar esta figura, estes variam entre a caducidade do benefício do prazo, a proibição do *venire contra factum proprium* e a obrigação de não revogar a vontade de cumprir emitida no momento da celebração contratual³²⁰.

No direito francês, encontramos poucas referências ao problema. Não obstante, é geralmente aceite que a declaração de não cumprimento tem o efeito de dispensar a outra parte de interpelar o devedor como requisito para este se colocar em mora³²¹.

Relativamente à Convenção de Viena, preceitua o seu artigo 72.º o seguinte:

1 – “Se, antes da data do cumprimento do contrato, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste.”

No exercício deste direito, tem que se ter em conta a natureza do indício sobre o qual se baseia o prognóstico do futuro incumprimento. Pela leitura do número dois, percebemos que o efeito resolutorio fica suspenso, na medida em que “a parte que pretender declarar a resolução do contrato deve notificar a outra parte, em condições razoáveis, para permitir a esta dar garantias suficientes da boa execução das suas obrigações” (artigo 72.º n.º 2 da Convenção de Viena).

Determina o n.º 3 do mesmo artigo que o efeito imediato só se verifica caso a previsão assente na declaração do devedor de que não irá cumprir as suas obrigações contratuais³²².

³¹⁹ BRANDÃO PROENÇA, “A Hipótese...”, p. 384 e 385.

³²⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, “Recusa...”, p. 298.

³²¹ JOANA FARRAJOTA, *A Resolução...*, p. 93 e ss.

³²² MARIA BENTO SOARES/RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais: Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 193 e ss.

De qualquer forma, a resolução, além de ser cumulável com uma (eventual) indemnização (artigos 74.º e seguintes do mesmo diploma), é considerada um direito potestativo, cujo exercício pode ser uma alternativa ao direito de continuar a exigir o cumprimento contratual.

5.3. Ordenamento Português

Quanto ao nosso ordenamento jurídico, VAZ SERRA, em estudos realizados no âmbito dos trabalhos preparatórios do código civil, tratou dos efeitos da declaração pelo devedor de não querer cumprir a obrigação a que está adstrito. Afirmou, em primeiro lugar, que aquela declaração, quando feita por escrito, tornava desnecessário o requisito da interpelação por forma a que o devedor ficasse constituído em mora: “Se o devedor declara, por escrito, terminante e definitivamente, que não cumpre, não carece o credor de o interpelar, para que se constitua em mora”³²³. É a solução consagrada no já mencionado artigo 1219.º do código civil Italiano.

O Autor, no entanto, não esclarece se os mencionados efeitos se aplicam à declaração anterior ao vencimento ou posterior, assim como se, na primeira hipótese, o devedor ficaria constituído em mora imediatamente ou na data do vencimento.

Em segundo lugar, e em sede da doutrina alemã da violação positiva do contrato, indicou, na panóplia de situações possíveis de serem reconduzidas a esta violação, a hipótese de o devedor emitir uma declaração de forma definitiva que não realizará a prestação que lhe é devida. Não obstante VAZ SERRA ter sustentado que a violação positiva do contrato não está sujeita a nenhum regime especial, acabou por autonomizar o preceito que, no anteprojeto, tratava dos efeitos de um comportamento revelador de que o devedor não iria realizar a prestação. Dispunha o preceito que:

“Se o devedor, mesmo que o crédito não esteja ainda vencido, se comportar de maneira a manifestar clara e definitivamente que não fará a prestação devida, pode o credor, quando o devedor tenha manifestado por escrito essa determinação ou, sendo-lhe fixado um prazo razoável pelo credor para que declare se cumprirá o contrato, culposamente o não faça,

³²³ VAZ SERRA, “*Mora do Devedor*”, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 48, 1955, p. 300.

resolver o contrato ou exigir indemnização por não-cumprimento, desde que assim o declare, no prazo breve que as circunstâncias permitirem, ao referido devedor”³²⁴.

Nenhuma destas disposições acabou por integrar o texto final do código civil de 1966.

MENEZES CORDEIRO entende que a declaração séria do devedor, no sentido de que não vai cumprir o contrato, gera a antecipação do prazo do vencimento da obrigação (esta fica imediatamente vencida). Fundamenta esta sua opinião na ideia de renúncia ao benefício do prazo, rejeitando a tese segundo a qual este caso integra a doutrina da violação positiva do contrato³²⁵.

BENTO SOARES e MOURA RAMOS, abordando esta questão em sede do regime da convenção de Viena, parecem concordar no sentido de que a declaração em causa se pode justificar pela proibição do *venire contra factum proprium*³²⁶. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA também comunga desta ideia, considerando, ainda, que tal declaração é conforme aos ditames da boa-fé por dar conhecimento ao credor das suas intenções de maneira a que ele melhor se possa preparar perante as novas circunstâncias³²⁷.

Assim, segundo a visão de MENEZES CORDEIRO e ALMEIDA COSTA, os efeitos práticos da declaração antecipada de incumprimento equiparam-se ao próprio incumprimento, podendo, o credor, recorrer ao mecanismo resolutorio sem ter que esperar pela data em que a obrigação venceria³²⁸.

³²⁴ VAZ SERRA, “*Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor*”, Boletim do Ministério da Justiça n.º 47, 1955, p. 65 e ss.

³²⁵ MENEZES CORDEIRO, “*Violação Positiva Do Contrato*”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 41, Lisboa, 1981, p. 143.

³²⁶ BENTO SOARES E MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais...*, p. 195 e ss.

³²⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Recusa...*”, p. 311 e ss.

³²⁸ No domínio contratual tem surgido, como um evento *of default* – conjunto de factos, violações ou desvios de certa importância que caracterizam como “situações de perigo” ou “potenciais situações de perigo”, em virtude das consequências que essas situações possam implicar para o credor, acordadas pelas partes -, a cláusula de *cross default*. Pouco conhecida pela sua tradução literal, incumprimento cruzado, a cláusula *cross default* permite ao seu beneficiário, exigir antecipadamente o cumprimento das obrigações estipuladas, ou mesmo a resolução do contrato. JOANA PEREIRA DIAS, *Contributo Para O Estudo Dos Atuais Paradigmas Das Cláusulas De Garantia E/Ou Segurança: A Pari Passu, A Negative Pledge E A Cross Default*, in Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. IV (4), Coimbra, Almedina, 2003, p. 966 e ss.

A particularidade desta cláusula reside no facto de permitir ao credor reforçar a sua posição, integrado o contrato que realiza com o devedor, numa rede de contratos. Assim, um eventual incumprimento que o devedor tenha com terceiro, permitirá ao credor resolver o contrato que tem com o devedor, ainda que este esteja a ser pontualmente cumprido. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações, Relatório Sobre O Programa, Conteúdos E Método De Ensino*, Almedina, 2006, p. 314.

Como principais modalidades da cláusula de incumprimento cruzado temos: *payment cross default*, onde o credor beneficiário é alertado para o facto de que a obrigação contraída com o devedor poderá não ser cumprida,

Pelo contrário, BENTO SOARES em conjunto com MOURA RAMOS, e sobretudo, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, ao entenderem que a declaração antecipada de incumprimento se justifica pelo princípio que proíbe o *venire contra factum proprium* – o *factum proprium* reporta-se à declaração da intenção de não cumprir, enquanto que a contradição sustentar-se-ia na, eventual, alegação e exercício do direito ao benefício do prazo -, esta não afetará a subsistência da obrigação, já que o devedor não tem legitimidade para, unilateralmente, extinguir o contrato. O credor, perante este cenário, poderá simplesmente ignorar a declaração proferida pelo devedor e aguardar pelo vencimento da mesma, ou, poderá, caso tenha interesse nisso, reagir de diversos modos: exigir o cumprimento, a execução específica ou uma indemnização, antes que a prestação se torne impossível ou a situação patrimonial do devedor se deteriore; ou resolver o contrato³²⁹.

6. Despedimento infundado.

Cumprido, desde já, realçar que o direito do trabalho, perante o direito civil, constitui um ramo especial. As duas áreas regem-se por pensamentos distintos: “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”³³⁰.

Numa famosa analogia, Leal Amado afirma: “o contrato de trabalho, diz-se, é como o amor: eterno enquanto dura!”. Tal expressão, é concretizadora da sensibilidade particular do tema, nele se entrecruzando aspetos sociais, humanos e económicos da maior relevância. Para o trabalhador, a extinção do contrato implicar ficar sem emprego. O mesmo é dizer que o término do vínculo contratual, conduz à privação da fonte de sustento do trabalhador³³¹.

Perante a realidade que perpassa o direito de trabalho, há uma notória diferença entre esta e o direito civil, no que toca à cessação de contratos: o mundo laboral, perante as

uma vez que este incorreu em incumprimento perante terceiros; e a *covenant cross default*, formulação que aciona a cláusula de incumprimento cruzado, caso o devedor viole qualquer outra cláusula firmada com um terceiro. JOANA PEREIRA DIAS, “Contributo...”, p. 977.

Assim, para quem entenda que a declaração antecipada de incumprimento se equipara ao próprio incumprimento, poderá encontrar-se, aqui, justificação para que a cláusula *cross default* seja acionada.

³²⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, “Recusa...”, p. 311 e 312.

³³⁰ LEAL AMADO, “Algumas Notas Sobre O Regime Do Despedimento Contra Legem No Código Do Trabalho”, in Temas Laborais, vol. 1, Coimbra Editora, 2015, p. 111,

³³¹ LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, Noções Básicas, 2ª Edição, Almedina, 2018, p. 305.

posições desigualitárias entre trabalhador e empregador, preocupa-se em proteger aquele, orientado, ainda, pelas notas constitucionais fornecidas nos arts. 47º e 53º da CRP, consagrando, respetivamente, o princípio da liberdade de trabalho e profissão e o princípio da segurança no emprego³³². Assim, querendo assumir pleno sobre a matéria, terá, o legislador labora, consagrado o art. 339º nº 1 do CT, prevendo a imperatividade do regime de cessação do contrato de trabalho: “O regime estabelecido no presente capítulo não pode ser afastado por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou por contrato de trabalho (...)”.

Decorre do exposto, sobretudo considerando o princípio vertido no art. 53º da CRP, que o carácter vinculativo da resolução, *ex vi* art. 432º, é reforçado no campo laboral. A faculdade de despedir o trabalhador que o empregador exerce, tem que ser motivada, ou seja, está dependente da existência de uma justa causa atendível (objetiva ou subjetiva)³³³, sem a qual o despedimento será ilícito.

A resolução ilícita é regulada expressamente, pelo código de trabalho, nos arts. 381º e ss. Segundo este, constituem fundamentos gerais de ilicitude de despedimento quando: seja devido a motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso; se o motivo justificativo do despedimento for declarado improcedente; se não for precedido do respetivo procedimento; ou, em caso de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador durante o gozo de licença parental inicial, em qualquer das suas modalidades, se não for solicitado o parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

³³² Focar-nos-emos, apenas, no despedimento, ou seja, rutura contratual por iniciativa do empregador, deixando de parte a figura da demissão – rutura contratual por iniciativa do trabalhador. LEAL AMADO, *Contrato...*, p. 308. Sobre as formas de cessação do contrato de trabalho, explicita o art. 340º do CT: “Para além de outras modalidades legalmente previstas, o contrato de trabalho pode cessar por: a) Caducidade; b) Revogação; c) Despedimento por facto imputável ao trabalhador; d) Despedimento coletivo; e) Despedimento por extinção de posto de trabalho; f) Despedimento por inadaptação; g) Resolução pelo trabalhador; h) Denúncia pelo trabalhador. Sobre os vários tipos de resolução do contrato de trabalho ver, entre outros, ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 419 e ss.

³³³ Na configuração da justa causa de despedimento, a lei é particularmente exigente. Desta forma, para que surja uma justa causa para este efeito, requer o art. 351º nº 1 do CT que se verifique, cumulativamente, os seguintes requisitos: um comportamento ilícito, grave, em si mesmo ou pelas consequências, e culposo do trabalhador (elemento subjetivo); impossibilidade prática e imediata de subsistência do vínculo laboral (elemento objetivo); verificação de um nexo de causalidade entre os dois elementos apontados, na medida em que a impossibilidade de subsistência do contrato de trabalho tem que advir, efetivamente, do comportamento do trabalhador. MARIA PALMA RAMALHO, *Tratado De Direito Do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 5ª Edição, 2014, p. 953 e 954.

Enquanto meios de reação ao despedimento, a lei prevê, para o trabalhador, a possibilidade de este lançar mão de providência cautelar de suspensão do despedimento, art. 386º do CT, e intentar uma ação judicial de apreciação do despedimento com vista à respetiva impugnação³³⁴.

Os efeitos da ilicitude do despedimento encontram-se previstos nos arts. 389º e ss. O art. 389º nº 1, alíneas a) e b), prevê a condenação do empregador, em caso de o despedimento ser declarado ilícito, a indemnizar o trabalhador por danos patrimoniais e não patrimoniais causados; e a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo, em princípio, da sua categoria e antiguidade. Acresce, à indemnização prevista no referido artigo, e segundo o art. 390º do CT, uma compensação no caso de despedimento ilícito. Preceitua o nº 1 do CT que “o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixar de auferir desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que declare a ilicitude do despedimento”. O nº 2, prevê certas deduções às mencionadas retribuições. Por fim, o art. 391º do CT permite, ao trabalhador, optar, em vez de ser reintegrado, por uma indemnização³³⁵.

Relativamente ao despedimento ilícito surge a questão, importantíssima para o nosso estudo, de saber se a declaração de despedimento³³⁶ ilícito, é (in)válida?

No entender de ROMANO MARTINEZ, ainda que ilícito, o despedimento não é inválido, ou seja, produz o efeito extintivo do contrato. Segundo este “Poder-se-ia entender que o despedimento ilícito, por ser contrário à lei, seria nulo (art. 280º, nº 1, do CC), inválido, portanto. Mas o despedimento, ainda que ilícito, integra-se na estrutura complexa do contrato a que pretende pôr fim, carecendo de autonomia; deste modo, os atos relacionados com a execução ou a inexecução do contrato de trabalho – em que se inclui o despedimento -, ainda que qualificáveis como atos jurídicos, têm de ser analisados como modos de cumprimento ou incumprimento desse contrato. Por isso, o despedimento ilícito não é inválido: representa o incumprimento do contrato de trabalho por parte do empregador”³³⁷. A nível prático isto quererá dizer que o contrato cessará, irreversivelmente, no caso de despedimento ilícito não

³³⁴ Para maiores desenvolvimentos, ver, entre outros, MARIA PALMA RAMALHO, *Tratado...*, p. 998 a 1005.

³³⁵ Conforme, entre outros, a MARIA PALMA RAMALHO, *Tratado...*, p. 1005 e ss.; e ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 458 e ss.

³³⁶ À semelhança do regime geral, a faculdade de despedir o empregador é, em regra, de exercício extrajudicial, extinguindo-se o contrato no momento da receção da declaração pelo trabalhador, conforme o art. 357º nº 7 do CT.

³³⁷ ROMANO MARTINEZ, *Apontamentos Sobre A Cessação Do Contrato De Trabalho À Luz Do Código De Trabalho*, Associação Académia Da Faculdade De Direito De Lisboa, 2004 p. 129 e 130.

impugnado pelo trabalhador. Só caso este impugne o despedimento e o tribunal se pronunciar pela ilicitude do mesmo, importará salvaguardar os efeitos do contrato³³⁸.

Por outro lado, Autores há que, embora reconheçam o ato de despedimento ilícito como um ato de incumprimento contratual, veem nele um ato inválido, anulável³³⁹. LEAL AMADO conta-se entre estes, afirmando o despedimento *contra legem* como um despedimento ilícito e inválido, uma vez que o empregador pratica um ato ilícito, o ato extintivo é inválido, sendo, devendo, desde logo, o empregador ser condenado a reintegrar o trabalhador, além das devidas indemnizações³⁴⁰.

Da mesma opinião comunga FURTADO MARTINS, associando, ao despedimento ilícito, a sua invalidade, afirmando que este se passa, no plano jurídico, como se o despedimento jamais tivesse sido declarado^{341/342}.

7. Consequências resultantes da resolução sem fundamento: indemnização pelo interesse contratual negativo ou pelo interesse contratual positivo?

Do exposto até ao momento, uma coisa é absolutamente certa: os mecanismos resolutórios requerem, para serem desencadeados, um fundamento. Assim, quando uma das partes de um contrato invoca o direito resolutório imotivado, atua contra a lei, tornando ilícita a resolução.

Neste caso, ou a lei prevê soluções especiais para a situação em concreto, hipóteses pontuais como o caso que vimos do despedimento imotivado em sede de direito laboral, ou recorre-se às regras gerais. Desta forma, e como estamos no âmbito contratual, é de aplicar

³³⁸ ROMANO MARTINEZ, Apontamentos..., p. 141.

³³⁹ JÚLIO VIEIRA GOMES sustenta que “a impugnação do despedimento consiste num pedido de anulação de um negócio jurídico unilateral (o despedimento), sendo que tal anulação acarreta que o despedimento é retroativamente destruído e não logra produzir o efeito extintivo visado”. JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito Do Trabalho*, vol. 1, Relações Individuais De Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 1025.

³⁴⁰ LEAL AMADO, “Os Efeitos Do Despedimento Ilícito, Sobre Os Artigos 436º a 440º do Código Do Trabalho”, in *Revista Do Ministério Público*, ano 27, nº 105, 2006, p. 18.

³⁴¹ FURTADO MARTINS, *Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efetiva, Contributo para o Estudo dos Efeitos da Declaração da Invalidez do Despedimento*, in separata “Direito E Justiça”, 1992, p. 102.

³⁴² O Autor, em conjunto com GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, entende que a única reação adequada perante o art. 53º da CRP, que visa o princípio da segurança no emprego, é, perante a hipótese de despedimento ilícito, a remoção do efeito extintivo do contrato de trabalho. GOMES CANOTILHO, *A Inconstitucionalidade Da Lei Dos Despedimentos*, in *Separata Do Boletim Da Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra*, 1988, p. 50 e ss.

as normas relativas à responsabilidade contratual, vertidas nos arts. 798º e ss. Segundo o art. 798º “O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação, torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”, ou seja, gera a obrigação de indemnizar a parte lesada.

Controvertida, porém, é a questão de saber se em causa está uma indemnização pelo interesse contratual positivo ou pelo interesse contratual negativo. Cabe, por isso, e antes de mais, destringir estes dois interesses e perceber a sua essência.

Conforme a formulação inicial de JHERING, o interesse do comprador poderia ser dividido segundo o interesse na manutenção do contrato (interesse positivo) e no interesse na não conclusão do contrato (interesse negativo). O primeiro encontrava a sua razão de ser na validade do contrato, ao passo que o segundo se fundamentava na invalidade deste. A incipiente conceção viria, posteriormente, a evoluir e, hoje, inclui outras hipóteses: o interesse contratual negativo evoluiu para o interesse da confiança e o interesse contratual positivo para o interesse no cumprimento³⁴³.

LARENZ, ao estudar o interesse contratual, considera que o interesse positivo se traduz em colocar o credor na situação à qual ele estaria se o contrato não tivesse sido devidamente cumprido, enquanto que o interesse negativo espelhar-se-ia num dano da confiança^{344/345}.

É então, desta forma, possível apontar dois objetivos diferentes que, em sede de responsabilidade contratual, a indemnização pode prosseguir: reestabelecer a situação que existira caso a parte lesada não tivesse celebrado o contrato, ou, por outro lado, colocar a parte lesada nas circunstâncias às quais se encontraria caso o contrato houvesse sido pontualmente cumprido³⁴⁶.

Tradicionalmente, Autores como CARLOS MOTA PINTO defendem que a tutela do direito indemnizatório se resume ao interesse contratual negativo³⁴⁷, invocando, sobretudo, a eficácia retroativa que, em geral, o instituto da resolução provoca. Desta forma, sendo o

³⁴³ RUDOLF VON JHERING, *Culpa In Contrahendo Ou Indemnização Em Contratos Nulos Ou Não Chegados À Perfeição*. Tradução E Nota Introdutória De PAULO MOTA PINTO, Coimbra: Almedina, 2018, p. 12 e 13.

³⁴⁴ LARENZ, *Derecho De Obligaciones*, Tomo 1, Madrid: Editoria Revista De Derecho Privado, 1958, p. 195.; conforme a esta perspectiva e para uma análise mais detalhada do tema, ver PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, vol. II (2), p. 1115.

³⁴⁵ Uma pequena nota exige-se para mencionar a íntima ligação que, sobretudo, o interesse contratual negativo tem com a denominada “responsabilidade pré-contratual” ou “responsabilidade negocial”. O escopo da responsabilidade em causa prende-se, sobretudo, com deveres (pré-contratuais) que visam a celebração do contrato. Segundo CARLOS MOTA PINTO, “A relação jurídica pré-negocial é assim um conceito compósito, uma abstração doutrinal, um resumo de várias obrigações individualizadas pelo seu regime” uma vez que, a sua complexidade, traduz uma multiplicidade de fenómenos. CARLOS MOTA PINTO, “A Responsabilidade Pré-Negocial”, in *Boletim Da Faculdade De Direito, Suplemento XIV (14)*, Coimbra, 1966, p. 157 e ss.

³⁴⁶ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 196.

³⁴⁷ CARLOS MOTA PINTO, *Cessação...*, p. 412.

vínculo destruído *ab initio*, incorrer-se-ia numa *contraditio in terminis* se o credor fosse indemnizado segundo os parâmetros das circunstâncias à qual ele estaria se o contrato fosse pontualmente cumprido³⁴⁸. MENEZES CORDEIRO, pegando na equiparação que o regime da resolução opera com a invalidade, afirma que “Havendo anulação do contrato ou sendo o mesmo declarado nulo, pode haver culpa in *contrahendo*. Quando a indemnização que desta advenha seja limitada ao interesse negativo, teremos que, perante uma invalidade culposa, o lesado só teria direito a ser indemnizado ... de modo a ser colocado na posição em que estaria se nunca tivesse havido contrato. Ora, como à resolução se aplica o regime da nulidade ou da anulação, está feito o passo: perante a resolução do contrato, apenas se aplicaria o regime da indemnização pelo interesse negativo”³⁴⁹.

Perfilam-se, no entanto, opiniões no sentido de, perante a resolução contratual, o preenchimento indemnizatório operar segundo o interesse positivo. Entre elas, destacamos a posição de ROMANO MARTINEZ, que aponta vários argumentos críticos à orientação clássica³⁵⁰. Na senda deste pensamento coloca-se, igualmente, BATISTA MACHADO. Abordando o tema, sobretudo em sede de cumprimento inexato (aplicando a ideia vertida no art. 802º nº 1, aos arts. 1222º nº 1 e 1223º), afirma que, em geral, a indemnização derivada de resolução se deve referir ao interesse de cumprimento, mas sem que isso abranja o valor total da prestação rejeitada. Segundo o mesmo, a aplicação do art. 802º nº 1 ao cumprimento inexato conduziria a uma diferença insuportável entre a indemnização cumulável com a redução da contraprestação e aquela que se cumularia com a resolução e que implicaria, logicamente, que se renunciasse à indemnização pelos lucros cessantes. Esta dessintonia, segundo Batista Machado, não estaria estado na mente do legislador, uma vez que os arts. 802º, nºs 1 e 2, e 1223º se referem a um só direito de indemnização, ainda que com um

³⁴⁸ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 187.

³⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, vol. IX (9), p. 944.

³⁵⁰ O autor começa por aludir que não há uma necessária ligação entre resolução entre retroatividade e resolução, mencionando as exceções previstas nos arts. 434º nº 1, in fine, e 434º nº 2, referindo, posteriormente, que a natureza potestativa do direito de resolução, leva o credor a poder optar entre exercer tal direito, desvinculando-se da sua obrigação, ou, mantendo o contrato, pode cumprir a sua contraprestação e, neste caso, não poderia ser negada uma indemnização pelo interesse contratual positivo. Chama-nos ainda à atenção, o Autor, para o facto de as partes, por acordo, poderem ter admitido que a resolução do contrato poderia cumular com uma indemnização pelo dano positivo, uma vez que estas duas pretensões não são, segundo o Autor, estruturalmente incompatíveis. ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação...*, p. 197 e ss.; Não deixando de levantar reservas sobre os primeiros argumentos apresentados, o último, a nosso ver, não apresenta qualquer sentido. Sem embargo da autonomia das partes, é estruturalmente incompatível, a nosso ver, uma pretensão que segundo a qual coloque o credor na posição à qual ele estaria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido, e, concomitantemente, pretender a destruição retroativa do vínculo contratual, ficcionando a inexistência do contrato. Estas pretensões são factualmente opostas uma da outra.

montante atenuado caso o credor opte pela redução da contraprestação, pautado pelo interesse no cumprimento. Por fim, o Autor afirma que a resolução por incumprimento comporta uma função ampla, compatível com outros mecanismos de proteção dos interesses do credor, como a indemnização pelo não cumprimento³⁵¹.

BRANDÃO PROENÇA admite, de igual forma, a possibilidade de a indemnização resultante da resolução comportar interesses positivos, mas apenas quando os interesses concretos assim o exigem. Requer-se, desta forma, e segundo o Autor, um esforço de flexibilização jurisprudencial³⁵².

A questão em presença impõe uma apurada visão do instituto da resolução contratual. Se entendida apenas como destruidora da relação contratual, irrecusável é a tese clássica. Contudo, se vista como integradora, também, dos interesses em jogo, a abertura ao ressarcimento pelos danos positivos impõe-se em certos casos. Esta posição, perfilada pelo relator JOÃO BERNARDO num acórdão do STJ proferido a 12 de dezembro de 2009³⁵³, parece ser, à semelhança da visão de BRANDÃO PROENÇA, a mais correta. Diremos que, quando em causa está uma indemnização provocada pela resolução contratual, em regra, o interesse a ter em conta será o negativo, na medida em que a parte lesada deve ser colocada na situação à qual ela estaria se o contrato não tivesse sido celebrado. Esta é a solução que mais se harmoniza com o regime do instituto da resolução, sobretudo ao consagrar a regra da eficácia retroativa da figura resolutiva.

Não obstante, se a resolução for infundada e, por isso, ilícita, entendimento diferente se imporá.

Desde logo, BRANDÃO PROENÇA ao interrogar-se se: “não será injusto privar o credor dos danos positivos, quando se viu comprometida uma revenda, uma troca já acordada ou uma prestação de serviços?”³⁵⁴, parece-nos que podemos encaixar, neste conjunto de interesses a serem salvaguardados, esta questão. Na verdade, quando uma das partes resolve o contrato invocando um fundamento que não existe, a contraparte não terá, em princípio, interesse nessa resolução. Desta forma, e a nosso ver, o dano em que a parte é lesada reporta-se ao cumprimento. Assim, e até por um princípio de justiça contratual e de boa fé (em

³⁵¹ BATISTA MACHADO, “*Pressupostos Da Resolução Por Incumprimento*”, in Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, vol. II, Coimbra, 1979, p. 393 e ss.

³⁵² BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 196.

³⁵³ Processo nº: 08B4052, disponível em www.dgsi.pt

³⁵⁴ BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução...*, p. 196.

sentido objetivo), havendo resolução ilícita por inexistência de fundamento, estamos em crer que o interesse a ter em conta na indemnização da parte lesada, não deve ser (pelo menos apenas) o interesse da confiança, mas sim o interesse positivo do cumprimento. Isto porque a questão em estudo é, como MARIA GRAÇA TRIGO denota, diferente.

A jurista, relatora do acórdão do STJ proferido a 12 de maio de 2016, respondendo ao argumento invocado pela recorrente segundo o qual ocorrendo resolução do contrato, não há lugar a indemnização pelo interesse contratual positivo, mas apenas pelo interesse contratual negativo, afirmando que “A jurisprudência maioritária sobre esta matéria tem defendido que, no âmbito de uma resolução contratual, as partes não podem pedir o ressarcimento pelos lucros que deixaram de receber, em face da não execução do contrato, até ao esgotamento do seu período de vigência”, afirma: “ Labora a R. num sério equívoco. A posição jurisprudencial e doutrinal que invoca respeita a uma situação diferente da que se verifica nos autos. Com efeito, a referida controvérsia diz respeito à natureza e âmbito da indemnização exigida pela parte de um contrato bilateral que opta, justificadamente, pelo direito de resolução do contrato, em caso de incumprimento definitivo por causa imputável à contraparte (conforme previsto no nº 2, do art. 801º, do código civil). Não é esta a situação que está em apreciação nos autos. Nestes, está em causa uma declaração de resolução infundada por parte da R. concedente à A. concessionária, o que, conforme decidido pelas instâncias e aceite pelas partes, constituiu uma declaração de não cumprimento definitivo da R. à contraparte. Não se subsume esta hipótese ao regime da denominada condição resolutive tácita do art. 801º, nº 2, do CC, antes integra o princípio geral da responsabilidade civil contratual, consagrado no art. 798º do CC. Por outras palavras, a situação dos autos é precisamente a inversa da situação relativamente à qual largamente se vem problematizando, na doutrina e na jurisprudência (...). A hipótese controvertida seria a de a parte não faltosa (aqui A. Recorrente) invocar o direito de resolução com fundamento no não cumprimento definitivo da R. concedente. Ora, como se sabe, não foi isso o que se verificou, mas sim o inverso. Foi a R. Recorrente que, infundadamente, resolveu o contrato, sendo, portanto, o contraente faltoso. Tem a parte não faltosa, aqui A. Recorrente, direito a ser indemnizada nos termos gerais. De acordo com o princípio geral do art. 562º, do CC, “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.” No caso subjudice, o evento foi o incumprimento definitivo do contrato pela R., por causa que lhe é imputável. Tem, por isso,

a A., direito a ser indemnizada pelos lucros (art. 564º, nº 1, do CC) que obteria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido até ao termo da sua vigência; ou seja, tem a A. direito a, conforme peticiona, ser indemnizada pelos lucros cessantes correspondentes ao interesse contratual positivo ou de cumprimento”³⁵⁵.

³⁵⁵ Processo nº: 2470/08.0TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt

IV. Conclusões

No ensejo de estudar a resolução sem fundamento, começámos a nossa dissertação por delimitar conceitualmente o instituto, percebendo, afinal, do que se trata quando se fala em resolução contratual. Ainda neste sentido, confrontámo-la com figuras próximas, concluindo que a força destruidora levada a cabo pela declaração resolutória, que apenas faz sentido para cessar os efeitos de contratos validamente celebrados, requer um fundamento. Alertou-se, ainda, para os perigos que o conceito de resolução pode enfrentar, sendo, por vezes, utilizado impropriamente.

A força vinculativa que recai sobre o exercício do direito em causa conhece, apenas, pontuais exceções, como é o caso do direito do consumo em virtude da posição desvantajosa do consumidor perante o vendedor. O poder de exoneração desvinculada, no nosso código civil, é, também, reconhecido. Recordem-se as hipóteses do mandato ou da venda a retro, mas como se disse, apenas de forma excepcional.

Estabelecida a necessidade de uma motivação no exercício da resolução, estudámos os dois grandes fundamentos que o código civil prevê para o término do vínculo contratual: a alteração superveniente das circunstâncias e o incumprimento.

No que à alteração das circunstâncias concerne, partimos das origens deste instituto para, após uma análise comparada, contextualizar o art. 437º nº 1 português, compreendendo os meandros que se escondem por detrás da aparente simplicidade do instituto, sobretudo pela sua proximidade com o erro sobre os motivos consagrado no art. 252º nº 2. Relativamente ao incumprimento, vimos que este pode assumir várias variantes, estudando, de igual forma, o regime da impossibilidade, isto é, um incumprimento não imputável ao devedor. Sobre este último aspeto, comparámos o ordenamento português ao alemão, auscultando os limites subjacentes ao instituto, sobretudo em caso de impossibilidade prática e impossibilidade moral, notando que, por diferentes vias, os ordenamentos português e alemão chegam às mesmas conclusões: O § 275º nºs 2 e 3 BGB encontra suporte, respetivamente, nos mecanismos do abuso do direito e do conflito de deveres ou de direitos do direito lusitano.

Abriu-se, desta forma, caminho para tentar apreender até que ponto é exigível, face a certo tipo de impossibilidades, o cumprimento da obrigação que impende sobre o devedor, ou, por outra perspetiva, até que ponto deve o devedor ir na execução da sua prestação.

Concluimos, na senda de JOÃO PINTO MONTEIRO, pela necessidade de criar um sentido normativo-objetivo, segundo o qual a diligência é a medida dos esforços que são exigíveis e, concomitantemente, necessários a empregar no cumprimento do dever de prestar.

Uma vez estudado o problema a montante, passámos para a sua análise a jusante, isto é, procurámos saber quais os efeitos e consequências que da resolução sem fundamento emanam.

Tendo em contas os efeitos produzidos por uma declaração antecipada de incumprimento, semelhantes consequências poderão ser retiradas para a declaração de resolução sem fundamento. Destarte, e conforme PAULO MOTA PINTO, tendo em conta a pureza dos princípios, parece-nos que, perante a inexistência da titularidade de um direito resolutório, o efeito extintivo não encontra bases que o suportem.

Assente que a resolução é ilícita, por ser *contra legem* quando declarada sem motivo, procurámos analisar as consequências que desta poderiam advir. Para tal, num primeiro momento virámo-nos para o direito laboral, único ramo no direito português que regula expressamente, nos arts. 389º e ss., os efeitos da resolução ilícita. No entanto, na falta de previsões específicas na área civilística, queda-nos recorrer às normas gerais. Por conseguinte, é de aplicar as regras previstas nos arts. 798º e ss., relativas à responsabilidade contratual. Interessante foi, neste âmbito, perceber qual o interesse em jogo quando cabe ao devedor indemnizar o credor pela resolução. Sobre uma panóplia de opiniões doutrinárias, bem como ao nível da jurisprudência, inferimos que, em primeiro lugar temos de atender à licitude ou ilicitude da resolução, uma vez que o resultado ao qual chegaremos depende deste esforço inicial de distinção.

Assim, e por fim, na hipótese de a resolução ser lícita, constatámos que, em regra, a indemnização provocada por esta se recorta pelo interesse contratual negativo, dado que, geralmente, ao direito resolutório estão associados efeitos retroativos, pelo que, seria contraditório o sistema jurídico, num primeiro plano, ficcionar a inexistência do contrato e, num segundo plano, indemnizar o lesado colocando-o na situação à qual ele estaria se houvesse cumprimento. Não obstante, e acompanhando o pensamento de BRANDÃO PROENÇA, uma indemnização pelo interesse contratual positivo em caso de resolução lícita não fica totalmente excluída, caso os interesses concretos assim o exijam. Diferentemente, da resolução ilícita resulta o dano do cumprimento, fazendo, por isso, todo o sentido que a indemnização se pautar pelo interesse contratual positivo, isto é, o interesse no cumprimento.

V. Bibliografia

- **ALARCÃO, RUI DE**, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, vol. 1, Atlântida Editora, Coimbra, 1971
- **ALMEIDA, FERREIRA DE**, *Direito do Consumo*, Almedina, 2015
 - “*Recusa de Cumprimento*”, in Estudos em Memória do Prof. Dr. João de Castro Mendes, Lisboa: Lex, 1995
- **AMADO, LEAL** “*Algumas Notas Sobre o Regime Do Despedimento Contra Legem no Código do Trabalho*”, in Temas Laborais, vol. 1, Coimbra Editora, 2015
 - *Contrato de Trabalho*, 2ª Edição, Almedina, 2018
 - “*Os Efeitos do Despedimento Ilícito, sobre os artigos 436º a 440º do código do trabalho*”, in Revista do Ministério Público, ano 27, nº 105, 2006
- **LIMA, PIRES DE**, “*Anotação ao Acórdão do STJ, de 28 de novembro, de 1967*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, 101, 1968-1969
- **ANDRADE, MANUEL DE**, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II (2), Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico, 4ª Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1974
 - *Teoria Geral Das Obrigações*, Com a Colaboração de Rui de Alarcão, 3ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1966
- **ARANGIO-RUIZ, VICENZO**, *Il Mandato In Diritto Romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1949
- **BACKHAUS, RICHARD**, “*The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law*”, in European Journal of Comparative Law, vol. 8.1, 2004.
- **BARBOSA, MAFALDA MIRANDA**, “*A Relevância da Natureza do Crédito Detido pelo Cliente de uma Instituição Bancária Objeto de uma Medida de Resolução, Nótula a Propósito do caso BES*”, in Boletim de Ciências Económicas, LIX (59), 2016
 - “*Cessante Causa, Cessat Effects; A Relação de Liquidação Subsequente à Invalidação do Negócio e a Problemática dos Direitos de Personalidade*”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XCIII (93), tomo II (2), 2017
 - *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Princípia, 2016
- **BORGES, NELSON**, *Da Cláusula “Rebus Sic Stantibus” à Teoria da Imprevisão*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988
- **BRANDÃO, PAIVA**, “*Considerações Sobre o Problema da Imprevisão*”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento ao vol. XVII (17)
- **BRIZ, JAIME SANTOS**, “*La Relacion de Liquidación o Extinción en Algunos Contratos*”, in Revista de Derecho Privado, Tomo XLIV (54)
- **CARRARO, LUIGI**, *Il Mandato Ad Alienare*, Padova – Cedam, 1947
- **CASTRO, ANÍBAL DE**, *A Caducidade na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 2ª Edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1980

- **CANOTILHO, GOMES**, “*A Inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos*”, in separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988
- **CÍCERO**, *Dos Deveres (De Officiis)*, Tradução, Introdução, Notas, Índice e Glosário de Carlos Humberto Gomes, Edições 70, Livro I, 2000
- **COELHO, JOSÉ GABRIEL PINTO**, *Das Cláusulas Acessórias Dos Negócios Jurídicos, vol. 2: Termo; Modo; Pressuposição*; Coimbra: Imprensa da Universidade, 1910
- **CORDEIRO, MENEZES**, “*A Modernização do Direito das Obrigações*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 62, Lisboa, 2002
 - *Da Boa Fé No Direito Civil*, 6ª Reimpressão, Almedina, 2015
 - “*Da Alteração das Circunstâncias, A Concretização do Artigo 437º do Código Civil, à luz da Jurisprudência Posterior a 1974*”, in separata dos Estudos Em Memória do Prof. Dr. Paulo Cunha, Lisboa, 1989
 - *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª Edição, Almedina, 2014
 - *Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações, Cumprimento e Não-Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção*, vol. IX (9), 3ª edição, Almedina, 2017
 - “*Violação Positiva do Contrato*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 41, Lisboa, 1981
- **COSTA, ALMEIDA**, *Direito Das Obrigações*, 12ª Edição, Revista e Atualizada, Almedina
- **CRISTAS, ASSUNÇÃO**, “*É Possível Impedir Judicialmente a Resolução de um Contrato?*”, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, vol. II (2), Almedina
- **DAWSON, FRANCIS**, “*Methaphors and Anticipatory Breach of Contract*”, in Cambridge Law Journal, 40 (1), 1981
- **DIAS, JOANA PEREIRA**, “*Contributo Para o Estudo Dos Atuais Paradigmas das Cláusulas de Garantia e/ou Segurança: a Pari Passu, a Negative Pledge e a Cross Default*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles, vol. IV (4), Coimbra, Almedina, 2003
- **DUARTE, DIOGO PEREIRA**, *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias: as Bases Scii*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015
- **ENNERCERUS, LUDWIG & LEHMANN**, *Tratado de Derecho Civil*, Segundo Tomo, Derecho de Obligaciones, I, Libreria Bosch, Barcelona, 1933
- **FARNSWORTH, ALLAN**, “*On Trying to Keep One’s Promise: The Duty of Best Efforts in Contract Law*”, in University of Pittsburgh Law Review
- **FARRAJOTA, JOANA**, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, 2015
- **FERNADES, LUÍS CARVALHO**, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Reimpressão com Nota de Atualização, Quid Juris?, Lisboa, 2001

- *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II (2), Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, 5ª edição revista e atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010
- **FERREIRA, DURVAL**, *Do Mandato Civil e Comercial, O Gerente de Sociedades*, Edição do Autor, Centro Gráfico de Famacão, 1967
- **FRADA, CARNEIRO DA**, “*Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias*”, in *Forjar o Direito*, Edições Almedina, Coimbra, 2018
- **GALLO, PAOLO**, *Sopravvenienza Contrattuale e Problemi Di Gestioni Del Contratto*, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1992
- **GOMES, JÚLIO VIEIRA**, *Direito do Trabalho*, vol. 1, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007
- **GOMES, MANUEL JANUÁRIO**, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989
 - *Sobre o “Direito de Arrependimento” do Adquirente de Direito Real de Habitação Periódica (Time-Sharing) e a Sua Articulação com Direitos Similares Noutros Contratos de Consumo*”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, nº3, 1995
- **GOMES, ORLANDO**, *Contratos*, 18ª Edição, Rio de Janeiro, 1999
- **GONÇALVES, CUNHA**, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil*, vols. IV (4) e VII (7), Coimbra Editora
- **GOUEIA, ROCHA**, “*Da Teoria da Imprevisão nos Contratos Civis*”, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Suplemento Dissertação de Alunos*, V (5), Lisboa, 1958
- **HENRIQUES, PAULO VIDEIRA**, “*A Desvinculação Ad Nutum nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, nº 54, 2001
- **HOWELS, GERAIN**, “*The Right of Withdrawal in European Consumer Law*”, in *Europäisches Vertragsrecht Im Gemeinschaftsrecht, Bundesanzeiger*
- **JHERING, RUDOLF VON**, *Culpa In Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*, Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2008
- **JACOMETTI, VALENTINA**, “*Terminologia Giuridica e Armonizzazione del Diritto Europeo dei Contratti – Ius Poenitendi del Consumatore Nelle Direttive Comunitarie e Nell’Ordenamento Francese*”, in *Rivista Di Diritto Civile*, ano 53, 2007
- **JORGE, FERNANDO PESSOA**, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Lisboa, 1972
- **JUNIOR SANTOS**, “*Da “Impossibilidade Pessoal” de Cumprir, Breve Confronto do Novo Direito Alemão com o Direito Português*”, in *Revista: O Direito*, ano 142, III (3), 2010
- **LEITÃO, MENEZES**, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 7ª Edição

- *Direito Das Obrigações*, vol. II, Transmissão e Extinção Das Obrigações, Não Cumprimento E Garantias Do Crédito, 12ª edição, reimpressão, Almedina, 2018
- *Garantias das Obrigações, Relatório Sobre O Programa, Conteúdos E Método De Ensino*, Almedina, 2006
- *O Enriquecimento Sem Causa No Direito Civil, Estudo Dogmático Sobre A Viabilidade Da Configuração Unitária Do Instituto, Face À Contraposição Entre As Diferentes Categorias De Enriquecimento Sem Causa*, Dissertação De Doutoramento Em Ciências Jurídicas Na Faculdade De Direito Da Universidade De Lisboa, Almedina, 2005
- **LUCAS, E. A.**, “*Repudiation and Abandonment*”, in the Canadian Law Times, vol 41
- **MACHADO, BATISTA**, ““*Denúncia-Modificação*” de um Contrato de Agência”, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 120 (1987/88)
 - “*Pressupostos da Resolução por Incumprimento*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. J. J. Teixeira Ribeiro, vol. II (2), Coimbra
- **MACHADO, JÓNATAS**, *Direito da União Europeia*, 3ª Edição, Gestlegal, 2018
- **MAGALHÃES, BARBOSA**, “*A Teoria da Imprevisão e o Conceito Clássico de Força Maior*”, in Gazeta da Relação de Lisboa, Revista Crítica dos Tribunais, ano 37, nº 9, 1923
- **MARTINEZ, PEDRO ROMANO**, *Apontamentos Sobre a Cessação do Contrato de Trabalho à Luz do Código de Trabalho*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004
 - *Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, Almedina, 2015
 - *Da Cessação do Contrato*, 3ª Edição, Almedina, 2015
 - *Direito das Obrigações: Parte Especial – Contratos: Compra e Venda, Locação, Empreitada*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2018
- **MARTINS, FURTADO**, “*Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efetiva, Contributo para o Estudo dos Efeitos da Declaração da Invalidez do Despedimento*”, in Separata “Direito e Justiça”, 1992
- **MONCADA, LUÍS CABRAL DE**, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 4ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1995
- **MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO**, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra Editora, 1998
 - *O Contrato de Agência: Anotação ao Decreto-lei nº 178/86, de 3 de julho*, 1ª Edição Atualizada, Coimbra Almedina, 2010
 - *Erro e Vinculação Negocial (A Propósito do Bem a Fim Diferente do Declarado)*, 2ª Reimpressão, Almedina, 2002
 - “*Harmonização da Linguagem Jurídica ao Nível do Direito Contratual Europeu, Breves Notas*”, in Estudos de Direito do Consumidor, nº 8, 2006/2007, com autoria, também, de BARBOSA, MAFALDA MIRANDA
- **MONTEIRO, JOÃO PINTO**, *Esforços e Sacríficos Exigíveis no Cumprimento Contratual*, Coimbra, 2015

- **MOREIRA, GUILHERME**, *Instituições do Direito Civil Português*, Livro I, Parte Geral, Coimbra: Typographia F. França Amado, 1911
 - *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II, Das Obrigações, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1925
- **NEINABER, P. M.**, “*The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy*”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 20, nº 2, 1962
- **OERTMANN, PAUL**, *Introducción Al Derecho Civil*, Traducción de la 3ª Edición Alemana por Luis Sancho Sereal, Editorial Labor, S. A.: Barcelona-Buenos Aires, 1933
- **OLIVEIRA, FERNANDO BATISTA DE**, *A Resolução do Contrato no Novo Regime do Arrendamento Urbano, Causas de Resolução e Questões Conexas (em especial a Cláusula Geral Resolutiva do nº 2 do art. 1083º do CC)*, Almedina, 2007
 - *Estudos Sobre o Não Cumprimento das Obrigações*, 2ª Edição, Almedina 2009
- **PINTO, CARLOS MOTA**, “*A Responsabilidade Pré-negocial*”, in *Boletim da Faculdade De Direito, Suplemento XIV (14)*, Coimbra, 1966
 - *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 1982
 - “*Observações ao Regime do Projeto de Código Civil Sobre o Erro Nos Negócios Jurídicos*”, in *Revista de Direito e De Estudos Sociais*, nºs. 1-2, ano XIII (13)
 - *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por: António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora
- **PINTO, PAULO MOTA**, “*O Contrato Como Instrumento de Gestão Do Risco e de “Alteração das Circunstâncias”*”, in *Workshop “O Contrato na Gestão Do Risco e na Garantia Do Risco e na Garantia da Equidade”*
 - *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II (2), Coimbra Editora, 2008
 - “*Requisitos de Relevância do erro*”, in *Estudos Em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Gaçvão Telles*, vol. IV, Almedina, 2006
- **PIRES, CATARINA MONTEIRO**, *Impossibilidade da Prestação*, Reimpressão, Almedina, 2018
- **PLANIOL, MARCEL & RIPET, GEORGES**, *Traité Pratique De Droit Français*, Tome VI (6), Obligations, Première Partie, Paris, Libraire Générale De Droit et de Jurisprudence, 1952
- **POZZO, BARBARA**, “*Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology*”, in *European Review of Private Law*, vol. 11, 2003
- **PROENÇA, BRANDÃO**, “*A Desvinculação Não Motivada nos Contratos de Consumo: Um verdadeiro Direito de Resolução?*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, 2010
 - “*A Hipótese da Declaração (Lato Sensu) Antecipada de Incumprimento*”, in *Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Jorge Ribeiro De Faria*, Coimbra Editora, 2003

- *A Resolução Do Contrato No Direito Civil, Do Enquadramento E Do Regime*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006
- “*Do Incumprimento Do Contrato Promessa Bilateral: A Dualidade: Execução Específica – Resolução*”, in Estudos Em Homenagem ao Professor Doutor A. Ferrer-Correia, Boletim da Faculdade de Direito, vol. II, Coimbra, 1989
- **RAMALHO**, MARIA PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho*, parte II (2), Situações Laborais Individuais, 5ª Edição, 2014
- **REINMANN**, MATHIAS, “*The Good, the Bad, and the Ugly: The Reformo f German Law of Obligations*”, in Tutane Law Review, vol. 83, 2009
- **RÖSLER**, HANNES, “*Hardship in German Codified Private Law – in Comparative Perspectives to English, French and International Contract Law*”, in European Review of Private Law, vol. 15, nº 4, 2007
- **SANTAGATA**, CARLO, *Del Mandato: Disposizione Generali*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1985
- **SANTO**, LUÍS ESPÍRITO, *O Contrato de Viagem Organizada*, Coimbra, Almedina, 2016
- **SANTOS**, AMILCAR FREIRE, “*A Teoria da Imprevisão no Direito Privado*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 10, nº 3 e 4, 1950
- **SARCEVIC**, SUSAN, “*Problems of Interpretation in na Enlarged European Union*”, in L’Interpretation Des Textes Juridiques Redigés Dans Plus D’une Langue, Paris, L’Harmatton
- **SERRA**, ADRIANO VAZ, “*Caso Fortuito ou de Força Maior e Teoria da Imprevisão*”, in Boletim da Faculdade de Direito, ano 10, 1926-1928
 - “*Impossibilidade Superveniente e Cumprimento Imperfeito Imputáveis ao Devedor*”, in BMJ, nº 47, 1955
 - “*Lugar da Prestação*”, in BMJ, nº 50, 1955
 - “*Mora do Devedor*”, in BMJ, nº 48, 1955
 - “*Objeto da Obrigação, a Prestação – Suas Espécies, Conteúdo e Requisitos*”, in BMJ, nº 74, 1958
 - “*Prescrição Extintiva e Caducidade*”, in BMJ, nº 107
 - “*Resolução do Contrato*”, in Separata do BMJ, nº 68, Lisboa, 1957
 - “*Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*”, in BMJ, nº 68, 1957
- **SILVA**, CALVÃO DA, “*A Declaração da Intenção de Não Cumprir*”, in Estudos de Direito Civil e Processo Civil, Reimpressão, Coimbra Almedina, 1999
 - “*Anotação ao Acórdão do STJ de 22 de janeiro de 2015*”, revista de Legislação e Jurisprudência, 145, 2016
- **SOARES**, MARIA BENTO & **RAMOS**, RUI MOURA, *Contratos Internacionais: Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 1995
- **TELLES**, INOCÊNCIO GALVÃO, “*Contratos Civis, Projeto Completo de Um Título Futuro do Código Civil Português e Respetiva Exposição de Motivos*”, in BMJ, nº 83, 1959
 - *Manual dos Contratos em Geral*, 3ª Edição, Lex, Lisboa, 1995

- **TORRANO, RUBIO**, “*Contratación a Distancia y Protección de los Consumidores en el derecho comunitário; en Particular el Desistimiento Negocial del Consumidor*”, in Estudos de Direito do Consumidor, nº 4, 2002
- **URBAN, NIKOLAUS**, “One Legal Language and the Maintenance of Cultural and Linguistic Diversity?”, in European Review of Private Law, vol. 8, nº 1, 2000
- **VARELA, ANTUNES & LIMA, PIRES DE**, Código Civil Anotado, vol. II (2), 4ª Edição, Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1997
 - *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª Edição, Almedina
 - *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7ª Edição, Almedina
 - *Ineficácias do Testamento e Vontade Conjetural do Testador*, Coimbra Editora, 1950
- **VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE**, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 8ª Edição, Reimpressão, 2019
 - *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Reimpressão, 2019
- **VASCONCELOS, PESTANA DE**, “*A Venda a Retro Como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido. Do Direito Civil Ao Direito Bancário*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano IV (4), 2007
- **VENTURA, RAUL**, “*O Contrato de Compra e Venda no Código Civil*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 40, 1980
- **WHITTAKER, SIMON**, “*Unfair Contract Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract*”, in The Law Quarterly Review, vol. 116, 2000
- **WONG, WENG IAN**, “*Confronto entre a Alteração Superveniente das Circunstâncias e o novo Regime da Impossibilidade: o tratamento da Impossibilidade Prática e da Impossibilidade Moral no Direito Civil Português*”, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra